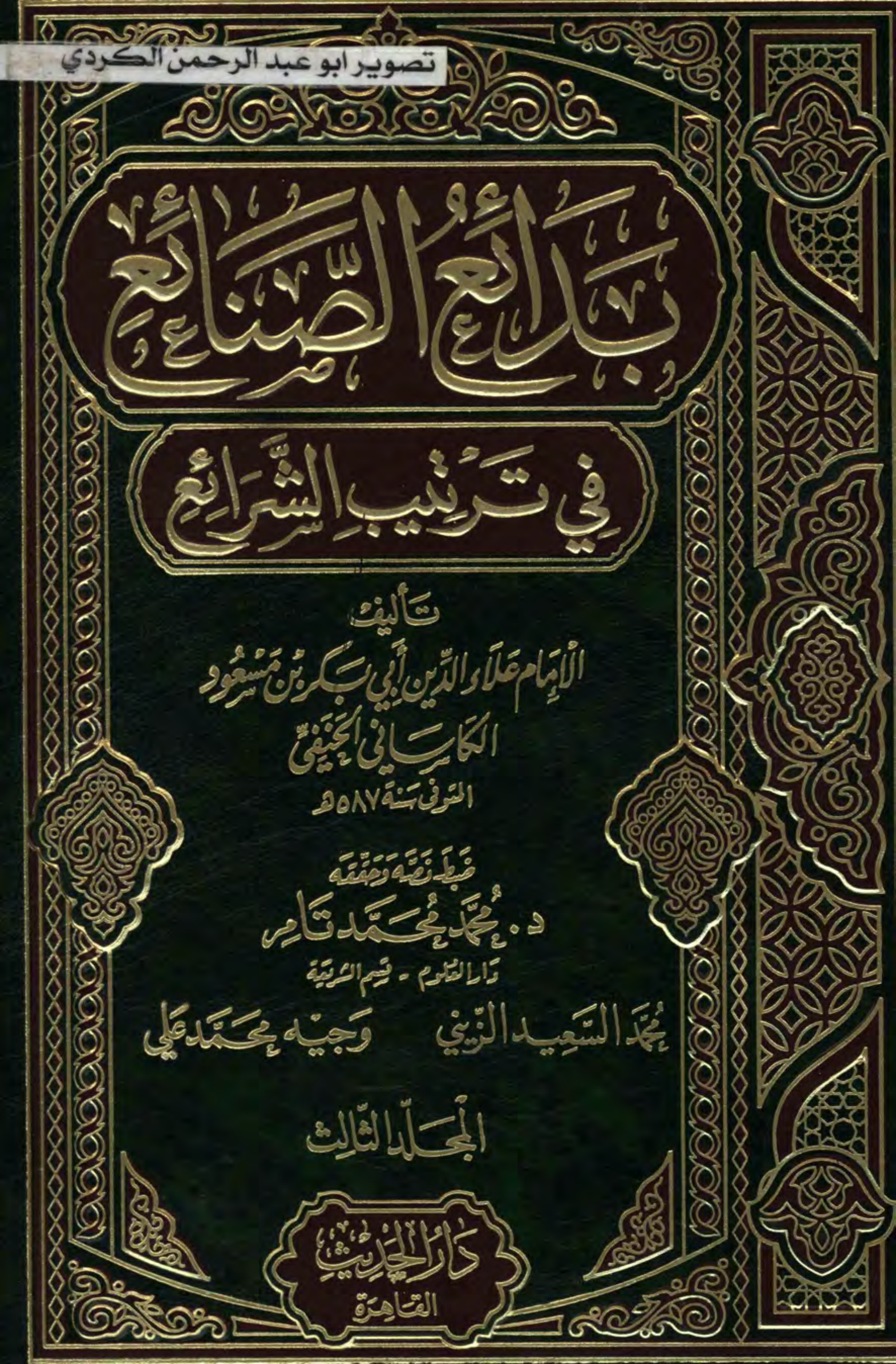

تصوير ابو عبد الرحمن الكردي
بدائع الصنائع
في ترتيب الشرائع
تأليف
الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود
الكاساني الحنفي
المتوفى سنة ٥٨٧ هـ
ضبط نصه وحققه
د. محمد محمد تامر
دار العلوم - قسم الشريعة
محمد السعيد الزيني
وجيه محمد علي
المجلد الثالث
دار الحديث
القاهرة


منتدى إقراء الثقافي
www.iqra.ahlamontada.com
للكتب (كوردى , عربي , فارسي)



اسم الكتـــاب : بدائع الصنائع

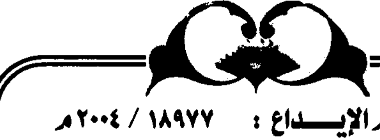
اسم المؤلـــف : الإمام الكاساني الحنفي

اسم المحقـــق : د . محمد محمد تامر

القطـــــع : ١٧×٢٤سم

عدد المجـــلدات : ١٠ مجلدات

سنة الطبـــع : ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م



رقـــم الإيـــداع : ١٨٩٧٧ / ٢٠٠٤م

الترقيـــم الدولى : 8- 81- 300- 977



6 222007 702440



طبـــع . نشـــر . توزيـــع

١٤٠ شارع جوهر القائد أمام جامعة الأزهر تليفون : ٥٨٩٩٤٠٩ / ٥٩١٨٧١٩ / ٥٩١٩٦٩٧ فاكس : ٥٩١٩٦٩٧

www.darelhadith.com E-mail: info@darelhadith.com

بدائع الصنائع

في ترتيب الشرائع

تأليف
الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود
الكاساني الحنفي
المتوفى سنة ٥٨٧ هـ

حقق على نسخة مخطوطة كاملة وعلق عليه
د/ محمد محمد تامر
كلية دار العلوم - قسم الشريعة

المجلد الثالث

دار الحديث
القاهرة


بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الاعتكاف[1]

الكلامُ في هذا الكتابِ يَقَعُ في مواضعَ:

في بيانِ صِفةِ الاعتِكافِ وفي بيانِ شَرائطِ صِحَّتِه وفي بيان رُكْنِه ويتضَمَّنُ بيانَ محظوراتِ الاعتِكافِ وما يُفْسِدُه وما لا يُفْسِدُه وفي بيانِ حكمِه إذا فسد وفي بيانِ حكمِه إذا فاتَ عن وقتِه المُعَيَّنِ له.

أمَّا الأوَّلُ: فالاعتِكافُ في الأصلِ سُنّةٌ وإنّما يَصيرُ واجبًا بأحدِ أمرَيْنِ، أحدُهما: قولٌ وهو النّذْرُ المُطْلَقُ، بأنْ يقولَ: للَّه عَلَيّ أنْ أعتَكِفَ يومًا أو شهرًا أو نحوَ ذلك، أو عَلَّقه بشرطٍ، بأنْ يقولَ: إنْ شَفى اللَّه مريضي، أو إنْ قَدِمَ فُلانٌ فلِلَّه عَلَيّ أنْ أعتَكِفَ شهرًا أو نحوَ ذلك.

والثاني: فعلٌ، وهو الشُّروعُ؛ لأنّ الشُّروعَ في التّطوُّعِ مُلْزِمٌ عندَنا كالنّذْرِ، والدّليلُ على أنّه في الأصلِ سُنّةٌ، مواظَبةُ النّبيِّ ﷺ فإنّه رُوِيَ عن عائشةَ وأبي هريرةَ رضي الله عنهما أنّهما قالا: كان رسولُ اللَّه ﷺ يَعتَكِفُ العشْرَ الأواخِرَ من شهرِ رمضانَ حتّى توفّاه اللَّه تعالى[2].

وعن الزُّهْريِّ أنّه قال: عَجبًا للنّاسِ تَرَكوا الاعتِكافَ وقد كان رسولُ اللَّه ﷺ (يَفْعَلُ الشّيءَ ويَتْرُكُه ولم يَتْرُكِ الاعتِكافَ مُنْذُ دخل المدينةَ إلى أنْ ماتَ. ومواظَبةُ النّبيِّ ﷺ

---

(١) **الاعتكاف لغة:** من عكف على الشيء عكوفا وعكفا. من بابي: قعد، وضرب. إذا لازمه وواظب عليه، وعكفت الشيء: حبسته. ومنه قوله تعالى: ﴿هُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ وَصَدُّوكُمْ عَنِ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ وَٱلْهَدْىَ مَعْكُوفًا أَن يَبْلُغَ مَحِلَّهُۥ﴾ [الفتح :٢٥]. وعكفته عن حاجته: منعته. والاعتكاف: حبس النفس عن التصرفات العادية. وشرعا: اللبث في المسجد على صفة مخصوصة بنية. انظر الموسوعة الفقهية (٥/ ٢٠٦).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: الاعتكاف، باب: الاعتكاف في العشر الأواخر، حديث (٢٠٢٦)، ومسلم في كتاب: الاعتكاف، باب: اعتكاف العشر الأواخر، حديث (١١٧٢)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٢٥٧)، (٣٣٣٦) من حديث عائشة رضي الله عنها، وأحمد (٢٥٣٩٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

عليه) (١) دليلُ كونِه سُنّةً في الأصلِ ولأنّ الاعتِكافَ تقَرُّبٌ إلى اللّه تعالى بمُجاوَرةِ بيتِه والإعراضِ عن الدُّنيا والإقبالِ على خِدْمَتِه لطَلَبِ الرّحمةِ وطَمَعِ المغفِرةِ حتّى قال عَطاءٌ الخراسانيُّ مَثَلُ المُعتَكِفِ مَثَلُ الذي ألقَى نفسَه بين يَدَي اللّه تعالى يقولُ: لا أبرَحُ حتّى يَغْفِرَ لي؛ ولأنّه عِبادةٌ لما فيه من إظهارِ العُبوديّةِ للّه تعالى بمُلازَمةِ الأماكِنِ المنْسوبةِ إليه. والعزيمةُ في العِباداتِ القيامُ بها بقدرِ الإمكانِ وانتِفاءُ الحرَجِ، وإنّما رُخِّصَ تركُها في بعضِ الأوقات فكان الاشتِغالُ بالاعتِكافِ اشتِغالاً بالعزيمةِ حتّى لو نَذَرَ به يلتَحِقُ بالعزائمِ الموَظَّفةِ التي لا رُخصةَ في تركِها واللهُ أعلَمُ.

فصل [في شرائط صحته]

وأمّا شَرائطُ صِحَّتِه فنوعانِ:

نوعٌ يرجعُ إلى المُعتَكِفِ، ونوعٌ يرجعُ إلى المُعتَكَفِ فيه. أمّا ما يرجعُ إلى المُعتَكِفِ فمنها: الإسلامُ والعقلُ والطّهارةُ عن الجنابةِ والحيضِ والنِّفاسِ، [١/ ٢١٥أ] وإنّها شرطُ الجوازِ في نوعَي الاعتِكافِ الواجبِ والتّطَوُّعِ جميعًا؛ لأنّ الكافرَ ليس من أهلِ العِبادةِ. وكذا المجنونُ؛ لأنّ العِبادةَ لا تُؤَدّى إلاّ بالنِّيّةِ وهو ليس من أهلِ النِّيّةِ. والجُنُبُ والحائضُ والنُّفَساءُ مَمْنوعونَ عن المسجِدِ وهذه العِبادةُ لا تُؤَدّى إلاّ في المسجِدِ.

وأمّا البُلوغُ فليس بشرطٍ لصِحّةِ الاعتِكافِ فيَصِحُّ من الصّبيِّ العاقِلِ؛ لأنّه من أهلِ العِبادةِ، كما يَصِحُّ منه صومُ التّطَوُّعِ. ولا تُشْتَرَطُ الذُّكورةُ والحُرِّيّةُ فيَصِحُّ من المرأةِ والعبدِ بإذنِ المولى والزّوْجِ، إنْ كان لها زَوْجٌ؛ لأنّهما من أهلِ العِبادةِ، وإنّما المانِعُ حَقُّ الزّوْجِ والمولى، فإذا وُجِدَ الإذنُ فقد زالَ المانِعُ.

ولو نَذَرَ المملوكُ اعتِكافًا فللمولى أنْ يمنعَه عنه، فإذا أُعتِقَ قضاه، وكذلك المرأةُ إذا نَذَرَتْ فلِزَوْجِها أنْ يمنَعَها فإذا بانَتْ قضَتْ؛ لأنّ للزّوْجِ مِلْكَ المنْفَعةِ فيها، وللوَليِّ مِلْكَ الذّاتِ و (٢) المنْفَعةِ في المملوكِ، وفي الاعتِكافِ تأخيرُ حَقِّهما في استيفاءِ المنْفَعةِ فكان لهما المنْعُ ما داما في مِلْكِ الزّوْجِ والمولى فإذا بانَتِ المرأةُ وأُعتِقَ المملوكُ؛ لَزِمَهما قضاؤُه، ولأنّ النّذْرَ منهما قد صَحَّ لوُجودِه من الأهلِ لكنّهما مُنِعا لحَقِّ المولى والزّوْجِ،

---

(١) في المخطوط: «يواظب عليه فهذا».
(٢) في المخطوط: «في».

فإذا سَقَطَ حَقُّهما بالعِتْقِ والبيْنونةِ فقد زالَ المانِعُ فيلزَمُهما القضاءُ.

وأمَّا المُكاتَبُ فليس للوَليِّ أنْ يمنَعَه من الاعتِكافِ الواجبِ والتَطَوُّعِ؛ لأنّ المولى لا يملِكُ مَنافِعَ مُكاتَبِه؛ فكان كالحُرِّ في حَقِّ مَنافِعِه. وإذا أذِنَ الرّجُلُ لزَوْجَتِه بالاعتِكافِ؛ لم يكنْ له أنْ يرجعَ عنه؛ لأنّه لَمَّا أذِنَ لها بالاعتِكافِ فقد مَلَّكَها مَنافِعَ الاستمتاعِ بها في زَمانِ الاعتِكافِ، وهي من أهلِ المِلْكِ، فلا يملِكُ الرّجوعَ عن ذلك والنّهْيَ عنه بخلافِ المملوكِ إذا أذِنَ له مولاه بالاعتِكافِ أنّه يملِكُ الرّجوعَ عنه؛ لأنّ هناك ما مَلَّكَه المولى مَنافِعَه؛ لأنّه ليس من أهلِ المِلْكِ وإنّما أعارَه مَنافِعَه، وللمُعيرِ أنْ يرجعَ في العاريّةِ متى شاء، إلاَّ أنّه يُكْرَه له الرّجوعُ؛ لأنّه خُلْفٌ في الوَعدِ وغرورٌ فيُكْرَه له ذلك.

ومنها: النّيّةُ لأنّ العِبادةَ لا تَصِحُّ بدونِ النّيّةِ. وَمنها: الصّومُ فإنّه شرطٌ لصِحَّةِ الاعتِكافِ الواجبِ بلا خلافٍ بين أصحابِنا[1]، وعندَ الشّافعيِّ ليس بشرطٍ[2]، ويَصِحُّ الاعتِكافُ بدونِ الصّومِ والمسألةُ مختلِفةٌ بين الصّحابةِ رضي الله عنهم ورُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ وعائشةَ وإحدى الرّوايتيْنِ عن عَليٍّ رضي الله عنهم مثلُ مذهبِنا. ورُوِيَ عن عَليٍّ وعبدِ اللّه بنِ مسعودٍ مثلُ مذهبه.

(وجه قولِه): أنّ الاعتِكافَ ليس إلاَّ اللُّبْثَ والإقامةَ، وذا لا يَفْتقرُ إلى الصّومِ، ولأنّ الصّومَ عِبادةٌ مقصُودةٌ بنفسِه فلا يصلُحُ شرطًا لغيرِه؛ لأنّ شرطَ الشّيءِ تَبَعٌ له وفيه جَعلُ المتبوعِ تبَعًا وأنّه قَلْبُ الحقيقةِ ولِهذا لم يُشْتَرَطْ لاعتِكافِ التّطَوُّعِ. وكذا يَصِحُّ الشُّروعُ في الاعتِكافِ الواجبِ بدونِه بأنْ قال للّه عَلَيّ أنْ أعتَكِفَ شهرَ رَجَبٍ فكما رأى الهلالَ يجبُ عليه الدُّخولُ في الاعتِكافِ ولا صومَ في ذلك الوقتِ. ولو كان شرطًا؛ لَما جاز بدونِه فضْلاً عن الوُجوبِ إذِ الشُّروعُ في العِبادةِ بدونِ شرطِها لا يَصِحُّ والدّليلُ عليه أنّه لو قال للّه

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الحجة (١/ ٤٢٠)، مختصر الطحاوى ص (٥٧)، المبسوط (٣/ ١١٥ - ١١٧)، تحفة الفقهاء (١/ ٣٧١، ٣٧٢)، فتح القدير مع الهداية (٢/ ٣٩٠ - ٣٩٢)، البناية (٣/ ٧٤٣ - ٧٤٥).

(٢) مذهب الشافعية: قال الشافعي في مختصر البويطي: «والصيام في الاعتكاف أحب إليَّ فإن أفطر فلا شيء عليه»، وقال النووى في المجموع: إذا نذر أن يعتكف صائمًا أو يعتكف بصوم فإنه يلزمه الاعتكاف والصوم، وهل يلزمه الجمع بينهما؟ فيه الوجهان، أحدهما: لا يلزمه بل له إفرادهما، قاله أبو علي الطبري، وأصحهما يلزمه، انظر الأم (٢/ ١٠٥، ١٠٧)، مختصر المزني ص (٦٠)، حلية العلماء (٣/ ١٨٢)، المجموع شرح المهذب (٦/ ٤٨٤ - ٤٨٦، ٤٨٧، ٤٨٨).

عَلَيّ أنْ أعتكِفَ شهرَ رمضانَ فصامَ رمضانَ واعتكَفَ خرج عن عُهْدةِ النّذْرِ وإنْ لم يجبْ عليه الصّومُ بالاعتِكافِ.

(ولَنا): ما رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «**لا اعتِكافَ إلاّ بصوم**»[1] ولأنّ الصّومَ هو الإمساكُ عن الأكلِ والشُّربِ والجِماعِ ثمّ أحدُ رُكْنَي الصّومِ وهو الإمساكُ عن الجِماع شرطُ صِحَّةِ الاعتِكافِ، فكذا الرّكْنُ الآخَرُ وهو الإمساكُ عن الأكلِ والشُّربِ لاستِواءِ كُلٍّ واحِدٍ منهما في كونِهِ رُكْنًا للصّوْمِ. فإذا كان أحدُ الرّكْنَيْنِ شرطًا كان الآخَرُ كذلك، ولأنّ معنى هذه العِبادةِ وهو ما ذكرنا من الإعراضِ عن الدُّنْيا والإقبالِ على الآخِرةِ بمُلازَمةِ بيتِ اللّه تعالى لا يتحَقّقُ بدونِ تركِ قضاءِ الشهوَتَيْنِ إلاّ بقدرِ الضّرورةِ وهي ضرورةُ القِوامِ وذلك بالأكلِ والشُّربِ في اللّيالي، ولا ضرورةَ في الجِماعِ.

وقولُه الاعتِكافُ ليس إلاّ اللُّبْثَ والمُقام مُسَلَّمٌ لكنّ هذا لا يمنَعُ أنْ يكونَ الإمساكُ عن الأكلِ والشُّربِ شرطًا لصِحَّتِه، كما لم يمنع أنْ يكونَ الإمساكُ عن الأكلِ والشُّربِ والجِماعِ شرطًا لصِحَّتِه، والنِّيّةُ وكذا كونُ الصّومِ عِبادةً مقصُودةً بنفسِه لا يُنافي أنْ يكونَ شرطًا لغَيرِه، ألاّ ترى أنّ قراءةَ القرآنِ عِبادةٌ مقصُودةٌ بنفسِه ثمّ جُعِلَ شرطًا لجوازِ الصّلاةِ حالةَ الاختيارِ كذا ههنا.

وأمّا اعتِكافُ التّطَوُّعِ فقد رَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ أنّه لا يَصِحُّ بدونِ الصّومِ ومن مشايِخِنا مَنِ اعتَمَدَ على هذه الرّوايةِ وأمّا على ظاهرِ الرِّوايةِ فلأنّ في الاعتِكافِ التّطَوُّعِ عن أصحابِنا روايتيْنِ: في روايةٍ مُقَدَّرٌ بيوم، وفي [١/ ٢١٥ب] روايةٍ غيرُ مُقَدَّرٍ أصلاً، وهو روايةُ الأصلِ. فإذا لم يكنْ مُقَدَّرًا والصّومُ عِبادةٌ مُقَدَّرةٌ بيوم؛ فلا يصلُحُ شرطًا لما ليس بمُقَدَّرٍ، بخلافِ الاعتِكافِ الواجبِ فإنّه مُقَدَّرٌ بيومٍ لا يجوزُ الخروجُ عنه قبلَ تَمامِه؛ فجاز أنْ يكونَ الصّومُ شرطًا لصِحَّتِه.

وأمّا إذا قال: للّه عَلَيّ أنْ أعتَكِفَ شهرَ رَجَبٍ؛ فإنّما أوجب عليه الدُّخولَ في

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: الصوم، باب: المعتكف يعود المريض، حديث (٢٤٧٣)، والبيهقي في السنن (٤/ ٣١٧)، (٨٣٦٢)، من حديث عائشة موقوفًا، والبيهقي أيضًا في السنن (٤/ ٣١٧)، (٨٣٦٦)، من حديث ابن عباس موقوفًا، وذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٢/ ٤٨٧)، وقال: رواه البيهقي في «السنن» و «المعرفة» وقال في «المعرفة»: اختلف الحفاظ فيه منهم من زعم أنه من قول عائشة ومنهم من زعم أنه من قول الزهري ويشبه أن يكون من قول من دون عائشة. قلت: والحديث حسن صحيح كما في صحيح أبي داود.

الاعتِكافِ في الليلِ؛ لأنّ اللّيالي دخلتْ في الاعتِكافِ المُضافِ إلى الشهرِ لضرورةِ اسمِ الشهرِ إذْ هو اسمٌ للأيّامِ، واللّيالي دخلتْ تبَعًا لا أصلاً ومقصُودًا؛ فلا يُشْتَرَطُ لها ما يُشْتَرَطُ للأصلِ، كما إذا قال: للّه عَلَيّ أنْ أعتكِفَ ثلاثةَ أيّامٍ؛ أنّه يدخلُ فيه اللّيالي ويكونُ أوّلُ دخولِه فيه من الليلِ؛ لما قلنا، كذا هذا.

وأمّا النّذْرُ باعتِكافِ شهرِ رمضانَ فإنّما يَصِحُّ لوُجودِ شرطِه وهو الصّومُ في زَمانِ الاعتِكافِ. وإنْ لم يكنْ لُزومُه بالتِزامِ الاعتِكافِ لأنّ ذلك أفضلُ وأمّا اعتِكافُ التّطوُّعِ فالصّومُ ليس بشرطٍ لجوازِه في ظاهرِ الرّوايةِ وإنّما الشّرطُ أحدُ رُكْنَي الصّومِ عَيْنًا وهو الإمساكُ عن الجِماعِ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِى ٱلْمَسَٰجِدِ﴾ [البقرة: ١٨٧] فأمّا الإمساكُ عن الأكلِ والشُّربِ فليس بشرطٍ ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ أنّه شرطٌ واختِلافَ الرّوايةِ فيه مَبنيٌّ على اختِلافِ الرّوايةِ في اعتِكافِ التّطوُّعِ أنّه مُقدّرٌ بيومٍ أو غيرُ مُقدّرٍ ذكر محمّدٌ في الأصلِ أنّه غيرُ مُقدّرٍ ويستَوي فيه القليلُ والكثيرُ ولو ساعةً.

ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ أنّه مُقدّرٌ بيومٍ، فلَمّا لم يكنْ مُقدّرًا على روايةِ الأصلِ؛ لم يكنِ الصّومُ شرطًا له؛ لأنّ الصّومَ مُقدّرٌ بيومٍ إذْ صومُ بعضِ اليومِ ليس بمشروعٍ فلا يصلُحُ شرطًا لما ليس مُقدّرًا. ولَمّا كان مُقدّرًا بيومٍ على روايةِ الحسَنِ فالصّومُ يصلُحُ أنْ يكونَ شرطًا له والكلامُ فيه يأتي في موضِعه.

وَعلى هذا يخرجُ ما إذا قال: للّه عَلَيّ أنْ أعتكِفَ يومًا أنّه يَصِحُّ نَذْرُه وعليه أنْ يَعتكِفَ يومًا واحِدًا بصومٍ والتّعيينِ إليه فإذا أرادَ أنْ يُؤدّيَ يدخلُ المسجِدَ قبلَ طُلوعِ الفجرِ فيَطْلُعُ الفجرُ وهو فيه فيَعتَكِفُ يومَه ذلك ويخرجُ منه بعدَ غروبِ الشّمسِ؛ لأنّ اليومَ اسمٌ لبياضِ النّهارِ، وهو من طُلوعِ الفجرِ إلى غروبِ الشّمسِ فيجبُ أنْ يدخلَ المسجِدَ قبلَ طُلوعِ الفجرِ حتّى يَقَعَ اعتِكافُه في جميعِ اليومِ وإنّما كان التّعيينُ إليه؛ لأنّه لم يُعَيِّنِ اليومَ في النّذْرِ. ولو قال: للّه عَلَيّ أنْ أعتكِفَ ليلةً؛ لم يَصِحَّ ولم يلزَمْه شيءٌ عندَنا[1]؛ لأنّ الصّومَ شرطُ صِحّةِ الاعتِكافِ، فالليلُ ليس بمَحَلٍّ للصّوْمِ ولم يوجَدْ منه ما يوجِبُ دخولَه في

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الجامع الكبير ص (١٤)، الأصل للشيباني (٢/ ٢٩٦، ٢٩٧)، مختصر الطحاوي ص (٥٨)، المبسوط (٣/ ١١٩، ١٢٠)، متن القدوري ص (٢٦)، البناية مع الهداية (٣/ ٧٥٨، ٧٥٩).

الاعتِكافِ تَبَعًا؛ فالنّذْرُ لم يُصادِفْ مَحلَّه.

وعندَ الشّافعيِّ يَصِحُّ[١]؛ لأنّ الصّومَ عندَه ليس بشرطٍ لصِحَّةِ الاعتِكافِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه إنْ نَوَى ليلةً بيومِها؛ لَزِمَه ذلك ولم يذكرْ محمّدٌ رحمه الله هذا التَّفْصيلَ في الأصلِ. فإمَّا أنْ يوَفَّقَ بين الرِّوايتيْنِ فيحمِلَ المذكورَ في الأصلِ على ما إذا لم تكُنْ له نيّةٌ، وإمَّا أنْ يكونَ في المسألةِ روايتانِ.

(وجه ما رُوِيَ عن ابي يوسف): اعتِبارُ الفردِ بالجمعِ وهو أنّ ذِكْرَ اللّيالي بلَفْظِ الجمعِ يكونُ ذِكْرًا للأيّامِ كذا ذِكْرُ الليلةِ الواحِدةِ يكونُ ذِكْرًا ليوم واحِدٍ. [و] [٢]الجوابُ أنّ هذا إثباتُ اللُّغةِ بالقياسِ ولا سبيلَ إليه؛ فلو قال: للَّه عَلَيَّ أنْ أعتكِفَ ليلاً ونَهارًا؛ لَزِمَه [٣] أنْ يَعتكِفَ ليلاً ونَهارًا وإنْ لم يكنِ الليلُ مَحلاًّ للصّوْمِ؛ لأنّ الليلَ يدخلُ فيه تَبَعًا ولا يُشْتَرَطُ للتَّبَعِ ما يُشْتَرَطُ للأصلِ ولو نَذَرَ اعتِكافَ يومٍ قد أكل فيه؛ لم يَصِحَّ ولم يلزَمْه شيءٌ؛ لأنّ الاعتِكافَ الواجبَ لا يَصِحُّ بدونِ الصّومِ ولا يَصِحُّ الصّومُ في يومٍ قد أكل فيه، وإذا لم يَصِحَّ الصّومُ؛ لم يَصِحَّ الاعتِكافُ.

ولو قال: للَّه عَلَيَّ أنْ أعتكِفَ يومَيْنِ ولا نيّةَ له؛ يلزَمُه اعتِكافُ يومَيْنِ بليلتَيْهِما وتَعيينُ ذلك إليه فإذا أرادَ أنْ يُؤَدِّيَ؛ يدخلُ المسجِدَ قبلَ غروبِ الشّمسِ فيمكُثُ تلك الليلةَ ويومَها، ثمّ الليلةَ الثّانيةَ ويومَها إلى أنْ تغربَ الشّمسُ ثمّ يخرجُ من المسجِدِ وهذا قولُ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ وقال أبو يوسفَ الليلةُ الأُولى لا تَدْخُلُ في نَذْرِه وإنّما تَدْخُلُ الليلةُ المُتَخَلِّلَةُ بين اليومَيْنِ.

فعلى قولِه يدخلُ قبلَ طُلوعِ الفجرِ ورُوِيَ عن ابنِ سِماعةَ أنّ المُستَحَبَّ له أنْ يدخلَ قبلَ غروبِ الشّمسِ، ولو دخل قبلَ طُلوعِ الفجرِ جاز.

(وجه قولِه): أنّ اليومَ في الحقيقةِ اسمٌ لبياضِ النّهارِ إلاّ أنّ الليلةَ المُتَخَلِّلةَ تَدْخُلُ لضرورةِ حُصُولِ التّتابُعِ والدّوامِ ولا ضرورةَ في دخولِ الليلةِ الأُولى، بخلافِ ما إذا ذكر

(١) مذهب الشافعية: قال الشافعي في الأم: «إذا جعل لله عليه شهرًا ولم يسم شهرًا بعينه ولم يقل متتابعًا اعتكف متى شاء وأحب إلي أن يكون متتابعًا، انظر الأم (٢/ ١٠٥)، مختصر المزني ص (٦١)، حلية العلماء (٣/ ١٨٤)، المجموع شرح المهذب (٦/ ٤٩٢ - ٤٩٥).

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «يلزمه».

الأيّامَ بلَفْظِ [١] الجمعِ حيث يدخلُ ما بإزائها من اللَّيالي ؛ لأنّ الدُّخولَ هناك للعُرْفِ والعادةِ [١/ ٢١٦أ] كقولِ الرّجُلِ : كُنّا عندَ فُلانٍ ثلاثةَ أيّامٍ ويُريدُ به ثلاثةَ أيّامٍ وما بإزائها من اللَّيالي، ومثلُ هذا العُرْفِ لم يوجَدْ في التّثْنيةِ ولهما أنّ هذا العُرْفَ أيضًا ثابِتٌ في التّثْنيةِ كما في الجمعِ ؛ يقولُ الرّجُلُ : كُنّا عندَ فُلانٍ يومَيْنِ ويُريدُ به يومَيْنِ وما بإزائِهما من اللَّيالي .

ويلزَمُه اعتِكافُ يومَيْنِ مُتَتابِعَيْنِ لكنْ تَعيينُ اليومَيْنِ إليه ؛ لأنّه لم يُعَيِّنْ في النّذْرِ ، ولو نَوَى يومَيْنِ خاصّةً دونَ ليلتَيْهِما ؛ صَحَّتْ نيّتُه ويلزَمُه اعتِكافُ يومَيْنِ بغيرِ ليلةٍ ؛ لأنّه نَوَى حقيقةَ كلامِه وهو بالخيارِ : إنْ شاء تابَعَ وإنْ شاء فرَّقَ ؛ لأنّه ليس في لَفْظِه ما يَدُلُّ على التّتابُعِ واليومانِ مُتفرِّقانِ لتَخلُّلِ الليلةِ بينهما ؛ فصار الاعتِكافُ ههنا كالصّومِ فيدخلُ في كُلِّ يومٍ المسجِدَ قبلَ طُلوعِ الفجرِ ويخرجُ منه بعدَ غروبِ الشّمسِ وكذا لو قال : للَّه عَلَيّ أنْ أعتكِفَ ثلاثةَ أيّامٍ أو أكثرَ من ذلك ولا نيّةَ له ؛ أنّه يلزَمُه الأيّامُ مع لَياليهِنّ [وتَعيينُها إليه ، لكنْ يلزَمُه مُراعاةُ صِفةِ التّتابُعِ] [٢] . وإنْ نَوَى الأيّامَ دونَ اللَّيالي صَحَّتْ نيّتُه ؛ لما قلنا ويلزَمُه اعتِكافُ ثلاثةِ أيّامٍ بغيرِ ليلةٍ وله خيارُ التّفْريقِ ؛ لأنّ القربةَ تَعلَّقَتْ بالأيّامِ . والأيّامُ مُتفرِّقةٌ ؛ فلا يلزَمُه التّتابُعُ إلاّ بالشّرطِ كما في الصّومِ ويدخلُ كُلَّ يومٍ قبلَ طُلوعِ الفجرِ إلى غروبِ الشّمسِ ثمّ يخرجُ .

(ولو قال): للَّه عَلَيّ (أنْ أعتكِفَ) [٣] ليلتَيْنِ ولا نيّةَ له ؛ يلزَمُه اعتِكافُ ليلتَيْنِ مع يومَيْهِما ، وكذلك لو قال : ثلاثَ لَيالٍ أو أكثرَ من ذلك من اللَّيالي ويلزَمُه مُتَتابِعًا لكنّ التّعيينَ إليه لما قلنا ويدخلُ المسجِدَ قبلَ غروبِ الشّمسِ .

ولو نَوَى الليلَ دونَ النّهارِ ؛ صَحَّتْ نيّتُه ؛ لأنّه نَوَى حقيقةَ كلامِه ولا يلزَمُه شيءٌ ؛ لأنّ الليلَ ليس وقتًا للصّوْمِ . والأصلُ في هذا أنّ الأيّامَ إذا ذُكِرَتْ بلَفْظِ الجمعِ يدخلُ ما بإزائها من اللَّيالي . وكذا اللَّيالي إذا ذُكِرَتْ بلَفْظِ الجمعِ يدخلُ ما بإزائها من الأيّامِ ؛ لقوله تعالى في قِصّةِ زَكَريّا عليه السلام : ﴿ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [آل عمران :٤١] وقال عَزَّ وجَلَّ في موضِعٍ آخَرَ : ﴿ثَلَٰثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾ [مريم :١٠] والقِصّةُ قِصّةٌ واحِدةٌ ، فلَمّا عَبَّرَ في موضِعٍ باسمِ الأيّامِ

---

(١) في المخطوط : «بلفظة» .

(٢) ليست في المخطوط .

(٣) في المخطوط : «اعتكاف» .

وفي موضِعٍ باسمِ اللَّيالي ؛ دَلَّ أنّ المُرادَ من كُلِّ واحِدٍ منهما هو وما بإزاءِ صاحِبه ، حتّى إنّ في الموضِعِ الذي لم تكُنِ الأيّامُ فيه على عَدَدِ اللَّيالي أفرَدَ كُلَّ واحِدٍ منهما بالذِّكْرِ قال اللَّه تعالى : ﴿سَبْعَ لَيَالٍ وَثَمَٰنِيَةَ أَيَّامٍ حُسُومًا﴾ [الحاقة :٧] للاثنين [1] حكمُ الجماعةِ ههنا لجَرَيانِ العُرْفِ فيه كما في اسمِ الجمعِ على ما بيّنّا .

(ولو قال): للّه عَلَيّ أنْ أعتَكِفَ ثلاثينَ يومًا ولا نيّةَ له ؛ فهو على الأيّام واللَّيالي مُتَتابِعًا لكنّ التّعيينَ إليه . ولو قال : نَوَيْت النّهارَ دونَ الليلِ ؛ صَحّتْ نيّتُه ؛ لأنّه عَنَى به حقيقةَ كلامِه دونَ ما نُقِلَ عنه بالعُرْفِ والعُرْفُ أيضًا باستِعمالِ هذه الحقيقةِ باقٍ فتَصِحُّ نيّتُه . ثمّ هو بالخَيارِ : إنْ شاء تابَعَ ، وإنْ شاء فرّقَ ؛ لأنّ اللّفْظَ مُطْلَقٌ عن قَيْدِ التّتابُعِ وكذا ذاتُ الأيّامِ لا تقتَضي التّتابُعَ لتَخَلُّلِ ما ليس بمَحَلٍّ للاعتِكافِ بين كُلِّ يومَيْنِ . [ولو قال : عَنَيْت اللَّيالي دونَ النّهارِ ؛ لم يُعملْ بنيّتِه ولَزِمَه الليلُ والنّهارُ ؛ لأنّه لَما نَصّ على الأيّام ، فإذا قال : نَوَيْت بها اللَّيالي دونَ الأيّامِ ؛ فقد نَوَى ما لا يحتَمِلُه كلامُه ؛ فلا يُقْبَلُ قولُه] [2] .

(ولو قال): للّه عَلَيّ أنْ أعتَكِفَ ثلاثينَ ليلةً وقال : عَنَيْت به اللَّيالي [3] دونَ النّهارِ لا يلزَمُه شيءٌ ؛ لأنّه عَنَى به حقيقةَ كلامِه واللَّيالي [4] في اللُّغةِ : اسمٌ للزّمانِ الذي كانتِ الشّمسُ فيه غائبةً إلاّ أنّها عندَ الإطلاقِ تَتَناوَلُ ما بإزائها من الأيّامِ بالعُرْفِ فإذا عَنَى به حقيقةَ كلامِه والعُرْفُ أيضًا باستِعمالِ هذه الحقيقةِ باقٍ ؛ صَحّتْ نيّتُه لمُصادِفَتِها مَحَلَّها .

ولو قال : للّه عَلَيّ أنْ أعتَكِفَ شهرًا يلزَمُه اعتِكافُ شهرٍ ، أيّ شهرٍ كان ، مُتَتابِعًا في النّهارِ واللَّيالي جميعًا ، سَواءٌ ذكر التّتابُعَ أو لا . وتَعيينُ ذلك الشهرِ إليه ، فيدخلُ المسجِدَ قبلَ غروبِ الشّمسِ [فتغربُ الشّمسُ وهو فيه فيَعتَكِفُ ثلاثينَ ليلةً وثلاثينَ يومًا ثمّ يخرجُ بعدَ استِكْمالِها بعدَ غروبِ الشّمسِ] ، بخلافِ ما إذا قال : للّه عَلَيّ أنْ أصُومَ شهرًا ولم يُعَيِّنْ ، ولم يذكرِ التّتابُعَ ولا نواه ؛ أنّه لا يلزَمُه التّتابُعُ بل هو بالخيارِ : إنْ شاء تابَعَ ، وإنْ شاء فرّقَ .

وهذا الذي ذكرنا من لُزومِ التّتابُعِ في هذه المسائلِ مذهبُ أصحابِنا الثّلاثةِ ، وقال زُفَرُ : لا يلزَمُه التّتابُعُ في شيءٍ من ذلك إلاّ بذِكْرِ التّتابُعِ أو بالنِّيّةِ ، وهو بالخيارِ : إنْ شاء تابَعَ وإنْ

---

(١) في المطبوع : «للآيتين» .
(٢) ليست في المخطوط .
(٣) في المخطوط : «الأيام» .
(٤) في المخطوط : «الليل» .

شاء فرَّقَ.

(وجه قوله): أنّ اللَّفظَ مُطْلَقٌ عن قَيْدِ التّتابُعِ ولم يُنْوَ التّتابُعُ أيضًا فيُجْرى على إطلاقِه كما في الصّومِ.

(ولَنا): الفرقُ بينهما ووجه الفرقِ أنّ الاعتِكافَ عِبادةٌ دائمةٌ ومَبناها على الاتِّصالِ؛ لأنّه لُبْثٌ وإقامةٌ، واللَّيالي قابِلةٌ للُّبْثِ؛ فلا بُدَّ من التّتابُعِ. وإنْ كان اللَّفْظُ مُطْلَقًا عن قَيْدِ التّتابُعِ لكنْ في لَفْظِه ما يقتضيه وفي ذاتِه ما يوجِبُه بخلافِ ما إذا نَذَرَ [1] أنْ يَصُومَ شهرًا ولَزِمَه أنْ يَصُومَ شهرًا غيرَ مُعَيَّنٍ [2]؛ أنّه إذا عَيّنَ شهرًا؛ له أنْ يُفَرِّقَ؛ لأنّه أُوجِبَ مُطْلَقًا عن قَيْدِ التّتابُعِ وليس مَبنَى حُصُولِه على التّتابُعِ بل على التّفْريقِ؛ لأنّ بين كُلِّ عِبادَتَيْنِ منه وقتًا لا يصلُحُ لها وهو الليلُ؛ فلم يوجَدْ فيه قَيْدُ التّتابُعِ ولا اقتضاءُ لَفْظُه وتَعيينُه؛ فبَقِيَ له الخيارُ ولِهذا لم يلزَم التّتابُعُ فيما لم يتقيّدْ بالتّتابُعِ من الصِّيامِ المذكورِ [3] [١/ ٢١٦ب] في الكتابِ كذا هذا.

ولو نَوَى في قولِه: للَّه عَلَيّ أنْ أعتَكِفَ شهرًا النّهارَ دونَ الليلِ؛ لم تَصِحَّ نيّتُه ويلزَمُه الاعتِكافُ شهرًا بالأيّام واللَّيالي جميعًا؛ لأنّ الشهرَ اسمٌ لزَمانٍ مُقَدَّرٍ بثلاثينَ يومًا وليلةً مُرَكَّبٌ من شيئَيْنِ مختلِفَيْنِ كُلُّ واحِدٍ منهما أصلٌ في نفسِه كالبلَقِ [4]، فإذا أرادَ أحدَهما؛ فقد أرادَ بالاسمِ ما لم يوضَع له ولا احتَمَلَه فبَطَلَ [5]، كمَنْ ذكر البلَقَ وعَنَى به البياضَ دونَ السّوادِ فلم تُصادِفِ النِّيّةُ مَحَلَّها فلَغَتْ.

وهذا بخلافِ اسمِ الخاتَم فإنّه اسمٌ للحَلْقةِ بطَريقِ الأصالةِ، والفصُّ كالتّابِع لها؛ لأنّه مُرَكَّبٌ فيها زينةً لها؛ فكان كالوَصْفِ لها فجاز أنْ يُذْكَرَ الخاتَمُ ويُرادَ به الحلْقةُ. فأمّا ههنا فكُلُّ واحِدٍ من الزّمانَيْنِ أصلٌ، فلم يَنْطَلِقِ الاسمُ على أحدِهما، [هذا] [6] بخلافِ ما إذا قال: للَّه عَلَيّ أنْ أصُومَ شهرًا حيث انصَرف إلى النّهارِ دونَ اللَّيالي؛ لأنّ هناك أيضًا لا نقول: إنّ اسمَ الشهرِ تَناوَلَ [7] النّهارَ دونَ اللَّيالي؛ لما ذكرنا من الاستِحالةِ، بل تَناوَلَ

---

(١) في المخطوط: «نوى».
(٢) في المخطوط: «متعين».
(٣) في المخطوط: «المذكورة».
(٤) البلق: سواد وبياض في اللون، انظر المعجم الوجيز (ص ٦٢).
(٥) في المخطوط: «فيطلق».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «يتناول».

النّهارَ واللَّيالي جميعًا؛ فكان مُضيفًا النّذْرَ بالصّومِ إلى اللّيالي والنّهارِ جميعًا مَعًا غيرَ أنّ اللّيالي ليستْ مَحَلاً لإضافةِ النّذْرِ بالصّومِ إليها فلم تُصادِفِ النّيّةُ مَحلَّها فلَغا ذِكْرُ اللّيالي والنّهارُ مَحلٌّ لذلك؛ فصَحَّتِ الإضافةُ إليها على الأصلِ المعهودِ أنّ التّصرُّفَ المُصادِفَ لمَحلِّه يَصِحُّ، والمُصادِفَ لغيرِ مَحلِّه يلغو.

فأمّا في الاعتِكافِ فكُلُّ واحِدٍ منهما مَحلٌّ، ولو قال: للّه عَلَيّ أنْ أعتَكِفَ شهرًا النّهارَ دونَ الليلِ؛ يلزَمُه كما التزَمَ. وهو اعتِكافُ شهرٍ بالأيّامِ دونَ اللّيالي؛ لأنّه لَمّا قال: النّهارَ دونَ الليلِ؛ فقد لَغا ذِكْرُ الشهرِ بنَصِّ كلامِه، كمَنْ قال: رأيت فرَسًا أبلَقَ للبياضِ منه دونَ السّوادِ؛ وكان هو بالخيارِ: إنْ شاء تابَعَ وإنْ شاء فرّقَ؛ لأنّه تَلَفَّظَ بالنّهارِ. والأصلُ فيه أنّ كُلَّ اعتِكافٍ وجب في الأيّامِ دونَ اللّيالي؛ فصاحِبُه فيه بالخيارِ: إنْ شاء تابَعَ وإنْ شاء فرَّقَ. وكُلُّ اعتِكافٍ وجب في الأيّامِ واللّيالي جميعًا: يلزَمُه اعتِكافُ شهرٍ يَصُومُه مُتَتابِعًا.

ولو أوجب على نفسِه اعتِكافَ شهرٍ بعَيْنِه بأنْ قال: للّه عَلَيّ أنْ أعتَكِفَ رَجَبَ؛ يلزَمُه أنْ يَعتَكِفَ فيه يَصُومُه مُتَتابِعًا، وإنْ أفطرَ يومًا أو يومَيْنِ؛ فعليه قضاءُ ذلك ولا يلزَمُه قضاءُ ما صَحَّ اعتِكافُه فيه كما إذا أوجب على نفسِه صومَ رَجَبٍ على ما ذكرنا في كتابِ الصّومِ.

فإنْ لم يَعتَكِفْ في رَجَبٍ حتّى مَضَى؛ يلزَمُه اعتِكافُ شهرٍ يَصُومُه مُتَتابِعًا؛ لأنّه لَمّا مَضَى رَجَبٌ من غيرِ اعتِكافٍ؛ صار في ذِمَّتِه اعتِكافُ شهرٍ بغيرِ عَيْنِه فيلزَمُه مُراعاةُ صِفةِ التّتابُعِ فيه كما إذا أوجب على نفسِه اعتِكافَ شهرٍ بغيرِ عَيْنِه ابتِداءً بأنْ قال: للّه عَلَيّ أنْ أعتَكِفَ شهرًا. ولو أوجب اعتِكافَ شهرٍ بعَيْنِه فاعتَكَفَ شهرًا قبلَه عن نَذْرِه بأنْ قال: للّه عَلَيّ أنْ أعتَكِفَ رَجَبًا فاعتَكَفَ شهرَ رَبيعٍ الآخرِ؛ أجزَأه عن نَذْرِه عندَ أبي يوسفَ، وعندَ محمّدٍ - رَحِمَهم اللّه تعالى - لا يُجْزِئُه. وهو على الاختِلافِ في النّذْرِ بالصّومِ في شهرٍ مُعَيّنٍ فصامَ قبلَه ونذكرُ المسألةَ في كتابِ النّذْرِ إنْ شاء اللّه تعالى.

(ولو قال): للّه عَلَيّ أنْ أعتَكِفَ شهرَ رمضانَ؛ يَصِحُّ نَذْرُه ويلزَمُه أنْ يَعتَكِفَ في شهرِ رمضانَ كُلِّه؛ لوُجودِ الالتِزامِ بالنّذْرِ فإنْ صامَ واعتَكَفَ فيه؛ خرج عن عُهْدةِ النّذْرِ لوُجودِ شرطِ صِحَّةِ الاعتِكافِ وهو الصّومُ وإنْ لم يكنْ لُزومُه بالتِزامِه الاعتِكافَ؛ لأنّ ذلك ليس بشرطٍ، إنّما الشّرطُ وُجودُه معه كمَنْ لَزِمَه أداءُ الظّهرِ، وهو مُحْدِثٌ؛ يلزَمُه الطّهارةُ، ولو دخل وقتُ الظّهرِ وهو على الطّهارةِ يَصِحُّ أداءُ الظّهرِ بها؛ لأنّ الشّرطَ هو الطّهارةُ وقد

وُجِدَتْ كذا هذا. ولو صامَ رمضانَ كُلَّه ولم يَعتَكِفْ؛ يلزَمُه قضاءُ الاعتِكافِ بصومِ آخرَ في شهرٍ آخَرَ مُتَتابِعًا، كذا ذَكَر محمّدٌ في الجامعِ ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه لا يلزَمُه الاعتِكافُ، بل يسقُطُ نَذْرُه.

(وجه قولِه): إنّ نَذْرَه انعقد غيرَ موجِبٍ للصّوْمِ. وقد تَعَذَّرَ إبقاؤُه كما انعقد فتسقُطُ لعَدَمِ الفائدةِ في البقاءِ.

(وجه قولِ محمّدٍ رحمه الله تعالى): أنّ النّذْرَ بالاعتِكافِ في رمضانَ قد صَحَّ ووَجَبَ عليه الاعتِكافُ فيه، فإذا لم يُؤَدِّ؛ بَقِيَ واجبًا عليه. كما إذا نَذَرَ بالاعتِكافِ في شهرٍ آخَرَ بعَيْنِه فلم يُؤَدِّه حتّى مَضَى الشهرُ وإذًا بَقِيَ واجبًا عليه ولا يبقى واجبًا عليه إلاَّ بوُجوبِ شرطِ صِحَّةِ أدائه وهو الصّومُ فيبقى واجبًا عليه بشرطِه وهو الصّومُ.

وأمّا قولُه: إنّ نَذْرَه ما انعقد موجِبًا للصّوْمِ في رمضانَ؛ فنَعَم لكنْ جاز أنْ يبقى موجِبًا للصّوْمِ في غيرِ رمضانَ وهذا لأنّ وُجوبَ الصّومِ لضرورةِ التّمكُّنِ من الأداءِ ولا يتمكّنُ من الأداءِ في غيرِه إلاَّ بالصّومِ؛ فيجبُ عليه الصّومُ ويلزَمُه مُتَتابِعًا؛ لأنّه لَزِمَه الاعتِكافُ [١/ ٢١٧أ] في شهرٍ بعَيْنِه وقد فاتَه فيقضيه مُتَتابِعًا كما إذا أوجب اعتِكافَ [شهر] [1] رَجَبٍ فلم يَعتَكِفْ فيه؛ أنّه يقضيه في شهرٍ آخَرَ مُتَتابِعًا، كذا هذا. ولو لم يَصُم رمضانَ ولم يَعتَكِفْ فيه؛ فعليه اعتِكافُ شهرٍ مُتَتابِعًا بصومٍ، وقضاءُ رمضانَ فإنْ قضَى صومَ الشهرِ مُتَتابِعًا وقرنَ به الاعتِكافَ؛ جاز ويسقُطُ عنه قضاءُ رمضانَ وخرج عن عُهْدةِ النّذْرِ؛ لأنّ الصّومَ الذي وجب فيه الاعتِكافُ باقٍ فيقضيهما جميعًا يَصُومُ شهرًا مُتَتابِعًا.

وهذا لأنّ ذلك الصّومَ لَمَّا كان باقيًا لا يستَدْعي وُجوبُ الاعتِكافِ فيها صومًا آخَرَ؛ فبَقِيَ واجبَ الأداءِ بعَيْنِ ذلك الصّومِ كما انعقد. ولو صامَ ولم يَعتَكِفْ حتّى دخل رمضانُ القابِلُ فاعتَكَفَ قاضيًا لما فاتَه بصومِ هذا الشهرِ؛ لم يَصِحَّ لما ذكرنا أنّ بَقاءَ وُجوبِ الاعتِكافِ يستَدْعي وُجوبَ صومٍ يَصيرُ شرطًا لأدائه فوَجَبَ في ذِمَّتِه صومٌ على حِدةٍ وما وجب في الذِّمَّةِ من الصّومِ لا يتأدَّى بصومِ الشهرِ.

ولو نَذَرَ أنْ يَعتَكِفَ يومَيِ العيدِ وأيّامَ التّشْريقِ؛ فهو على الرّوايتيْنِ اللّتَيْنِ ذكرناهما في

---

(١) زيادة من المخطوط.

الصّوم وأنّ على روايةِ محمّدٍ عن أبي حنيفةَ يَصِحُّ نَذْرُه لكنْ يُقالُ له: اقضِ في يومٍ آخَرَ ويُكَفِّرُ [به] [١] اليمينَ إنْ كان أرادَ به اليمينَ، وإنِ اعتَكَفَ فيها؛ جاز وخرج عن عُهْدةِ النَّذْرِ وكان مُسيئًا.

وعلى روايةِ أبي يوسفَ وابنِ المُبارَكِ عن أبي حنيفةَ لا يَصِحُّ نَذْرُه بالاعتِكافِ فيها أصلاً كما لا يَصِحُّ نَذْرُه بالصّومِ فيها وإنّما كان كذلك؛ لأنّ الصّومَ من لَوازِمِ الاعتِكافِ الواجبِ؛ فكان الجوابُ في الاعتِكافِ كالجوابِ في الصّومِ. واللهُ أعلَمُ.

وأمّا الذي يرجعُ إلى المُعتكَفِ فيه: فالمسجِدُ، وإنّه [٢] شرطٌ في نوعَيِ الاعتِكافِ: الواجبِ والتّطوُّعِ؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِى ٱلْمَسَٰجِدِ﴾ [البقرة:١٨٧] وصَفَهم بكونِهم عاكِفينَ في المساجِدِ مع أنّهم لم يُباشِروا الجِماعَ في المساجِدِ؛ ليُنْهَوْا عن الجِماعِ فيها فدَلَّ أنّ مَكانَ الاعتِكافِ هو المسجِدُ ويستَوِي فيه الاعتِكافُ الواجبُ والتّطوُّعُ؛ لأنّ النّصّ مُطْلَقٌ ثمّ ذكر الكَرْخيُّ أنّه لا يَصِحُّ الاعتِكافُ إلاّ في مَساجِدِ الجماعاتِ يُريدُ به الرّجُلَ وقال الطّحاوِيُّ: إنّه يَصِحُّ في كُلِّ مسجِدٍ.

ورَوَى الحسَنُ بنُ زيادٍ عن أبي حنيفةَ أنّه لا يجوزُ إلاّ في مسجِدٍ تُصلّى [٣] فيه الصّلواتُ كُلُّها، واختلفتِ الرِّوايةُ عن ابنِ مسعودٍ رضي الله عنه رُوِيَ عنه أنّه لا يجوزُ إلاّ في المسجِدِ الحرامِ، [وروي عنه أنه لا يجوز إلا في المسجد الحرام] [٤] ومسجِدِ المدينةِ ومسجِدِ بيتِ المقدِسِ كأنّه ذهب في ذلك إلى ما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: **«لا اعتِكافَ إلاّ في المسجِدِ الحرامِ»** [٥].

ورُوِيَ أنّه قال: **«لا تُشَدُّ الرِّحالُ إلاّ لثلاثةِ [٦] مَساجِدَ: المسجِدِ الحرامِ، ومسجِدي هذا،**

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فإنه».
(٣) في المخطوط: «يصلي».
(٤) زيادة من المخطوط
(٥) أخرجه البيهقي في السنن (٣١٦/٤)، (٨٣٥٧)، والطبراني في الكبير (٣٠٢/٩)، (٩٥١١) من حديث حذيفة، والحديث إسناده صحيح كما في السلسلة الصحيحة (٢٧٨٦)، إلا أنه موقوف، وهو مجال خلاف واسع بين الصحابة والسلف الصالحين، كما يتضح من متنه، وفيه أن حذيفة بن اليمان قال لعبد الله بن مسعود في قوم اعتكفوا في غير هذه المساجد: قد علمت أن رسول الله ﷺ قال: «لا اعتكاف إلا في المسجد الحرام» أو قال: «إلا في المساجد الثلاثة» فقال عبد الله: لعلك نسيت وحفظوا أو قال: لعلك أخطأت وأصابوا.
(٦) في المخطوط: «لثلاث».

والمسجِدِ الأقصَى»[١] وفي روايةٍ: «ومسجِدِ الأنبياءِ».

(ولَنا): عُمومُ قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِى ٱلْمَسَٰجِدِ﴾ [البقرة:١٨٧] وعن حُذَيْفةَ رضي الله عنه أنّه قال: سَمِعتُ رسولَ الله ﷺ يقولُ: «**الاعتِكافُ في كُلِّ مسجِدٍ له إمامٌ ومُؤَذِّنٌ**»[٢] والمروِيُّ أنّه: «**لا اعتِكافَ إلاَّ في المسجِدِ الحرامِ**»[٣] إنْ ثبت فهو على التّناسُخِ؛ لأنّه رُوِيَ أنّ النّبيّ ﷺ اعتكَفَ في مسجِدِ المدينةِ فصار منسوخًا بدلالةِ فعلِه؛ إذْ فعلُ النّبيِّ ﷺ يصلُحُ ناسِخًا لقولِه أو يُحمَلُ على بيانِ الأفضلِ كقولِه: «**لا صلاةَ لجارِ المسجِدِ إلاَّ في المسجِدِ**»[٤] أو على المُجاوَرةِ على قولِ مَنْ لا يَكْرَهُها.

وأمّا الحديثُ الآخَرُ إنْ ثبت فيُحمَلُ على الزِّيارةِ أو على بيانِ الأفضلِ فأفضلُ[٥] الاعتِكافِ أنْ يكونَ في المسجِدِ الحرامِ ثمّ في مسجِدِ المدينةِ وهو مسجِدُ رسولِ اللّه ﷺ ثمّ في (المسجدِ الأقصَى)[٦] ثمّ في المسجِدِ الجامعِ ثمّ في المساجِدِ العِظامِ التي كثُرَ أهلُها وعظُمَ.

أمّا المسجِدُ الحرامُ ومسجِدُ رسولِ اللّه ﷺ فلِما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «**صلاةٌ في مسجِدي هذا تَعدِلُ ألفَ صلاةٍ في غيرِه من المساجِدِ ما خَلا المسجِدِ الحرامِ**»[٧]؛ ولأنّ للمسجِدِ

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الجمعة، باب: فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة، حديث (١١٨٩)، ومسلم، كتاب الحج، باب: لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد، حديث (١٣٩٧)، وأبو داود (٢٠٣٣)، والنسائي (٧٠٠)، وابن ماجه (١٤٠٩)، من حديث أبي هريرة، ورواه أيضًا البخاري في كتاب: الجمعة، باب: مسجد بيت المقدس، حديث (١١٩٧)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: سفر المرأة، حديث (٨٢٧)، والترمذي (٣٢٦)، وابن ماجه (١٤١٠)، من حديث أبي سعيد الخدري، ولم أقف على لفظ «ومسجد الأنبياء».

(٢) أخرجه الدارقطني (٢/ ٢٠٠)، (٥) من حديث حذيفة، وهو موضوع كما في ضعيف الجامع (٤٢٥٠).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك (١/ ٣٧٣)، (٨٩٨)، والبيهقي في السنن (٣/ ٥٧)، (٤٧٢٤)، والدارقطني (١/ ٤٢٠)، (٢) من حديث أبي هريرة، والبيهقي في السنن (٣/ ٥٧)، (٤٧٢١)، من حديث علي بن أبي طالب، (٣/ ١١١)، (٥٠٢٨)، من حديث عائشة، وذكره العسقلاني في «التلخيص الحبير» (٢/ ٣١)، وقال: مشهور بين الناس وهو ضعيف ليس له إسناد ثابت. قلت: وهو ضعيف كما في الإرواء (٤٩١).

(٥) في المخطوط: «فأصل».

(٦) في المخطوط: «مسجد بيت المقدس».

(٧) أخرجه البخاري في كتاب: الجمعة، باب: فضل الصلاة في مسجد مكة والمدينة، حديث (١١٩٠)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: فضل الصلاة بمسجدي مكة والمدينة، حديث (١٣٩٤)، والترمذي (٣٢٥)، وابن ماجه (١٤٠٤)، من حديث أبي هريرة، والنسائي (٢٨٩٧)، من حديث ابن عمر، ولفظ حديث أبي هريرة «صلاة في مسجدي هذا خير من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام».

الحرامِ من الفضائلِ ما ليس لغيرِه، من كونِ الكعبةِ فيه ولُزوم الطّوافِ به ثمّ بعدَه مسجِدُ المدينةِ؛ لأنّه مسجِدُ أفضلِ الأنْبياءِ والمُرْسَلينَ [صلّى اللَّه تعالى عليه وعليهم وسَلَّمَ] [١] ثمّ مسجِدُ بيتِ المقدِسِ؛ لأنّه مسجِدُ الأنبياءِ عليهم الصلاة والسلام ولإجماعِ المسلمينَ على أنّه ليس بعدَ المسجِدِ الحرامِ ومسجِدِ رسولِ اللَّه ﷺ مسجِدٌ أفضلُ منه ثمّ المسجِدُ الجامعُ؛ لأنّه من مجمَعِ المسلمينَ لإقامةِ الجُمُعةِ ثمّ بعدَه المساجِدُ الكِبارُ؛ لأنّها في معنى الجوامعِ لكَثْرةِ أهلِها.

وَأَمَّا المرأةُ فذكر في الأصلِ أنّها لا تَعتَكِفُ إلاَّ في مسجِدِ بيتِها ولا تَعتَكِفُ في مسجِدِ جَماعةٍ.

ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ أنّ للمرأةِ أنْ تَعتَكِفَ في مسجِدِ الجماعةِ وإنْ شاءتِ اعتَكَفَتْ في مسجِدِ بيتِها، ومسجِدُ بيتِها أفضلُ لها من مسجِدِ حَيِّها ومسجِدُ حَيِّها أفضلُ لها من المسجِدِ الأعظَمِ وهذا لا يوجِبُ اختِلافَ (الرِّواياتِ) [٢]، بل يجوزُ اعتِكافُها [١/ ٢١٧ب] في مسجِدِ الجماعةِ على الرِّوايتيْنِ جميعًا بلا خلافٍ بين أصحابِنا والمذكورُ في الأصلِ محمولٌ على نَفْيِ الفضيلةِ لا على نَفْيِ الجوازِ تَوْفيقًا بين الرِّوايتيْنِ وهذا عندَنا[٣].

وقال الشّافعيُّ: لا يجوزُ اعتِكافُها في مسجِدِ بيتِها[٤].

(وجه قوله): إنّ الاعتِكافَ قربةٌ خُصّتْ بالمساجِدِ بالنّصِّ، ومسجِدُ بيتِها ليس بمسجِدٍ حقيقةً بل هو اسمٌ للمكانِ المُعَدِّ للصّلاةِ في حَقِّها حتّى لا يَثْبُتَ له شيءٌ من أحكامِ المسجِدِ فلا يجوزُ إقامةُ هذه القربةِ فيه ونحنُ نقول: بل هذه قربةٌ خُصّتْ بالمسجِدِ لكنّ مسجِدَ بيتِها له حكمُ المسجِدِ في حَقِّها في حَقِّ الاعتِكافِ؛ لأنّ له حكمَ المسجِدِ في حَقِّها في حَقِّ الصّلاةِ لحاجَتِها إلى إحرازِ فضيلةِ الجماعةِ فأُعطيَ له حكمُ مسجِدِ الجماعةِ في

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «الرواية».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٢٧٤)، مختصر الطحاوي ص (٥٨)، المبسوط (٣/ ١١٩)، تحفة الفقهاء (١/ ٣٧٢، ٣٧٣)، فتح القدير مع الهداية (٢/ ٣٩٤)، البناية (٣/ ٧٤٧).

(٤) ومذهب الشافعية: قال النووي في المجموع: «لا يصح الاعتكاف من الرجل ولا من المرأة إلا في المسجد ولا يصح في مسجد بيت المرأة ولا مسجد بيت الرجل وهو المعتزل المهيأ للصلاة، هذا هو المذهب»، انظر الأم (٢/ ١٠٨)، حلية العلماء (٣/ ١٨١)، المجموع شرح المهذب (٦/ ٤٧٨، ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨٤).

حَقِّها حتّى كانتْ صلاتُها في بيتِها أفضلَ على ما رُوِيَ عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال: «**صلاةُ المرأةِ في مسجِدِ بيتِها أفضلُ من صلاتِها في مسجِدِ دارِها وصلاتُها في صَحْنِ دارِها أفضلُ من صلاتِها في مسجِدِ حَيِّها**»(١) وإذا كان له حكمُ المسجِدِ في حَقِّها في حَقِّ الصّلاةِ فكذلك في حَقِّ الاعتِكافِ؛ لأنّ كُلَّ واحِدٍ منهما في اختِصاصِه بالمسجِدِ سَواءٌ وليس لها أنْ تَعتَكِفَ في بيتِها في غيرِ مسجِدٍ وهو الموضِعُ المُعَدُّ للصّلاةِ؛ لأنّه ليس لغيرِ ذلك الموضِعِ من بيتِها حكمُ المسجِدِ، فلا يجوزُ اعتِكافُها فيه. واللَّه أعلم.

فصل [في ركن الاعتكاف ومحظوراته]

وأمَّا رُكْنُ الاعتِكافِ ومحظوراتِه وما يُفْسِدُه وما لا يُفْسِدُه:

فرُكْنُ الاعتِكافِ: هو اللُّبْثُ والإقامةُ يُقالُ: اعتَكَفَ وعَكَفَ أي: أقام وقال اللَّه تعالى: ﴿قَالُوا۟ لَن نَّبۡرَحَ عَلَيۡهِ عَـٰكِفِينَ﴾ [طه:٩١] أي: لَنْ نَزالَ عليه مُقيمينَ ويُقالُ: فُلانٌ مُعتَكِفٌ(٢) على حَرامٍ أي: مُقيمٌ(٣) عليه فسُمِّيَ مَنْ أقام على العِبادةِ في المسجِدِ: مُعتَكِفًا وعاكِفًا.

وإذا عُرِفَ [هذا](٤) فنقول: لا يخرجُ(٥) المُعتَكِفُ من مُعتَكَفِه في الاعتِكافِ الواجبِ ليلاً ولا ونَهارًا إلاّ لما لا بُدَّ له منه من الغائطِ والبولِ وحُضورِ الجُمُعةِ؛ لأنّ الاعتِكافَ لَمّا كان لُبْثًا وإقامةً؛ فالخروجُ يُضادُّه ولا بَقاءَ للشَّيْءِ مع ما يُضادُّه فكان إبطالاً له وإبطالُ العِبادةِ حَرامٌ؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبۡطِلُوٓا۟ أَعۡمَـٰلَكُمۡ﴾ [محمد:٣٣] إلاّ أنّا جَوّزْنا له الخروجَ لحاجةِ الإنسانِ إذْ لا بُدَّ منها وتَعَذَّرَ قضاؤُها في المسجِدِ فدعَتِ الضّرورةُ إلى الخروجِ ولأنّ في الخروجِ لهذه الحاجةِ تحقيقَ هذه القربةِ؛ لأنّه لا يتمكّنُ المرءُ من أداءِ هذه القربةِ إلاّ بالبقاءِ، ولا بَقاءَ بدونِ القوتِ عادةً ولا بُدَّ لذلك من الاستِفْراغِ على ما عليه مجرى العادةِ

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: الصلاة، باب: التشديد في ذلك، حديث (٥٧٠)، والطبراني في الكبير (٩/ ٢٩٥)، (٩٤٨٢)، من حديث ابن مسعود، وهو صحيح كما في صحيح الجامع (٣٨٣٣)، وفيه «صلاة المرأة في بيتها أفضل من صلاتها في حجرتها وصلاتها في مخدعها أفضل من صلاتها في بيتها».

(٢) في المخطوط: «يعتكف». (٣) في المخطوط: «يقيم».

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) في المخطوط: «يبرح».

فكان الخروجُ لها من ضروراتِ الاعتِكافِ ووَسائِله وما كان من وسائلِ الشّيءِ؛ كان [١] [حكمُه] [٢] حكمَ ذلك الشّيءِ فكان المُعتكِفُ في حالِ خُروجِه عن المسجِدِ لهذه الحاجةِ كأنّه في المسجِدِ.

وقد رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنّ النّبيّ ﷺ كان لا يخرجُ من مُعتكَفِه ليلاً ولا نَهارًا إلاّ لحاجةِ الإنسانِ[٣] وكذا في الخروجِ في الجُمُعةِ ضرورةٌ؛ لأنّها فرضُ عَيْنٍ ولا يُمْكِنُ إقامتُها في كُلِّ مسجِدٍ فيُحتاجُ إلى الخروجِ إليها كما يُحْتاجُ إلى الخروجِ لحاجةِ الإنسانِ؛ فلم يكنِ الخروجُ إليها مُبْطِلاً لاعتِكافِه [٤] وهذا عندَنا[٥]. وقال الشّافعيُّ: إذا خرج إلى الجُمُعةِ؛ بَطَلَ اعتِكافُه[٦].

وجه قولِه أنّ الخروجَ في الأصلِ مُضادٌّ للاعتِكافِ ومُنافٍ له لما ذكرنا أنّه قرارٌ وإقامةٌ والخروجُ انتِقالٌ وزَوالٌ؛ فكان مُبْطِلاً له إلاّ فيما لا يُمْكِنُ التّحَرُّزُ عنه كحاجةِ الإنسانِ وكان يُمْكِنُه التّحَرُّزَ عن الخروجِ إلى الجُمُعةِ بأنْ يَعتَكِفَ في المسجِدِ الجامعِ.

(ولَنا): أنَّ إقامةَ الجُمُعةِ فرضٌ؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوۡمِ ٱلۡجُمُعَةِ فَٱسۡعَوۡاْ إِلَىٰ ذِكۡرِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ٩] والأمرُ بالسّعيِ إلى الجُمُعةِ أمرٌ بالخروجِ من المُعتكَفِ. ولو كان الخروجُ إلى الجُمُعةِ مُبْطِلاً للاعتِكافِ؛ لَما أُمِرَ به؛ لأنّه يكونُ أمرًا بإبطالِ الاعتِكافِ وإنّه حَرامٌ؛ ولأنّ الجُمُعةَ لَمّا كانتْ فرضًا حَقًّا للَّه تعالى عليه

(١) زاد في المخطوط: «له».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) أخرجه مسلم في كتاب: الحيض، باب: جواز غسل الحائض رأس زوجها، حديث (٢٩٧)، وأبو داود (٢٤٦٧)، والترمذي (٨٠٤)، من حديث عائشة وفيه: «كان النبي ﷺ إذا اعتكف يدني إلَيّ رأسه فأرجله وكان لا يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان».
(٤) في المخطوط: «للاعتكاف».
(٥) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٢٧٣)، الحجة (١/ ٤١٣)، مختصر الطحاوي ص (٥٨)، المبسوط (٣/ ١١٧، ١١٨)، متن القدورى ص (٢٥)، تحفة الفقهاء (١/ ٣٧٣)، فتح القدير مع الهداية (٢/ ٣٩٤، ٣٩٥).
(٦) مذهب الشافعية: أن المرء إن أوجب على نفسه اعتكافًا غير متتابع فخرج عاد وبنى وإن أوجب اعتكافًا متتابعًا ستة أيام ونحوها أعتكف في غير يوم الجمعة، فإن اعتكف فوقعت الجمعة في خلال اعتكافه استقبل وإن أوجب اعتكافًا أكثر من ذلك ثم خرج إلى الجمعة بطل اعتكافه ويقال له: استقبله في الجامع، انظر: حلية العلماء (٣/ ١٨٦)، المجموع شرح المهذب (٦/ ٥١٣، ٥١٤)، فتح العزيز بذيل المجموع (٦/ ٥٤٠).

والاعتِكافُ قربةٌ ليستْ هي عليه فمتى أوجبه على نفسِه بالنّذْرِ؛ لم يَصِحَّ نَذْرُه في إبطالِ ما هو حَقٌّ للَّه تعالى عليه؛ بل كان نَذْرُه عَدَمًا في إبطالِ هذا الحقِّ ولأنّ الاعتِكافَ دونَ الجُمُعةِ فلا يُؤْذَنُ بتركِ الجُمُعةِ لأجلِه.

وقد خرج الجوابُ عن قولِه: إنّ الاعتِكافَ لُبْثٌ والخروجَ يُبْطِلُه، لما ذكرنا أنّ الخروجَ إلى الجُمُعةِ لا يُبْطِلُه لما بَيّنّا.

وأمّا وقتُ الخروجِ إلى الجُمُعةِ ومقدارُ ما يكونُ في المسجِدِ الجامعِ فذكر الكَرْخيُّ وقال: ينبغي أنْ يخرجَ إلى الجُمُعةِ عندَ الأذانِ فيكونُ في المسجِدِ مقدارَ ما يُصلّي قبلَها أربعًا وبعدَها أربعًا أو سِتًّا. ورَوَى الحسَنُ بنُ زيادٍ عن أبي حنيفةَ: مقدارَ ما يُصلّي قبلَها أربعًا وبعدَها أربعًا. وهو على الاختِلافِ في سُنّةِ الجُمُعةِ بعدَها أنّها أربعٌ في قولِ أبي حنيفةَ وعندَهما: سِتّةٌ على ما ذكرنا في كتابِ الصّلاةِ.

وقال محمّدٌ: إذا كان [١/ ٢١٨أ] منزِلُه بَعيدًا يخرجُ حينَ يَرى أنّه يَبْلُغُ المسجدَ عندَ النِّداءِ وهذا أمرٌ يختلفُ بقربِ المسجِدِ وبُعدِه فيخرجُ في أيِّ وقتٍ يَرى أنّه يُدْرِكُ الصّلاةَ والخطبةَ ويُصلّي قبلَ الخطبةِ أربعَ ركعاتٍ؛ لأنّ إباحةَ الخروجِ إلى الجُمُعةِ إباحةٌ لها بتَوابِعِها، وسُنَنَها من تَوابِعِها بمنزِلةِ الأذكارِ المسنونةِ فيها.

ولا ينبغي أنْ يُقيمَ في المسجِدِ الجامعِ بعدَ صلاةِ الجُمُعةِ إلاّ مقدارَ ما يُصلّي بعدَها أربعًا أو سِتًّا على الاختِلافِ ولو أقام يومًا وليلةً لا يُنْتقضُ اعتِكافُه، لكنْ يُكْرَه له ذلك أمّا عَدَمُ الانتِقاضِ فلأنّ الجامعَ لَمّا صَلُحَ لابتِداءِ الاعتِكافِ؛ فلأَنْ يصلُحَ للبَقاءِ أولى؛ لأنّ البقاءَ أسهَلُ من الابتِداءِ وأمّا الكراهةُ؛ فلأنّه لَمّا ابتَدَأ الاعتِكافَ في مسجِدٍ؛ فكأنّه عَيّنَه للاعتِكافِ فيه، فيُكْرَه له التّحَوُّلُ عنه مع إمكانِ الإتمامِ فيه.

ولا يخرجُ لعيادةِ مريضٍ ولا لصلاةِ جِنازةٍ؛ لأنّه لا ضرورةَ إلى الخروجِ [١]؛ لأنّ عيادةَ المريضِ ليستْ من الفرائضِ، بل من الفضائلِ وصلاةُ الجِنازةِ ليستْ بفَرْضِ عَيْنٍ بل فرضُ كفايةٍ تسقُطُ عنه بقيامِ الباقينَ بها؛ فلا يجوزُ إبطالُ الاعتِكافِ لأجلِها، وما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ من الرّخصةِ في [٢] عيادةِ المريضِ وصلاةِ الجِنازةِ؛ فقد قال أبو يوسفَ: ذلك

(١) زاد في المخطوط: «له».

(٢) في المخطوط: «من».

محمولٌ عندَنا على الاعتِكافِ الذي يتطوّعُ به من غيرِ إيجابٍ فلَه أنْ يخرجَ متى شاء ويجوزُ أنْ تُحمَلَ الرّخصةُ على ما إذا كان خرج المُعتَكِفُ لوجهٍ مُباحٍ كحاجةِ [١] الإنسانِ أو للجُمُعةِ، ثمّ [٢] عاد مريضًا أو صلّى على جِنازةٍ من غيرِ أنْ كان خُروجُه لذلك قَصْدًا وذلك جائزٌ.

أمّا [٣] المرأةُ إذا اعتَكَفَتْ في مسجِدِ بيتِها لا تخرُجُ منه إلى منزِلِها إلاّ لحاجةِ الإنسانِ؛ لأنّ ذلك في حكمِ المسجِدِ لها على ما بيّنّا. فَإنْ خرج من المسجِدِ الذي يَعتَكِفُ فيه لعُذْرٍ بأنِ انهَدَمَ المسجِدُ أو أخرجه السّلْطانُ مُكْرَهًا أو غيرُ السّلْطانِ فدخل مسجِدًا آخرَ غيرَه من ساعَتِه؛ لم يَفْسُدِ اعتِكافُه استحسانًا والقياسُ أنْ يَفْسُدَ.

وجه القياسِ: أنّه وُجِدَ ضِدُّ الاعتِكافِ وهو الخروجُ الذي هو تركُ الإقامةِ فيَبْطُلُ كما لو خرج عن اختيارٍ.

(وجه الاستحسانِ): أنّه خرج من [٤] غيرِ ضرورةٍ، أمّا عندَ انهِدام المسجِدِ فظاهرٌ؛ لأنّه لا يُمْكِنُه الاعتِكافُ فيه بعدَ ما انهَدَمَ؛ فكان الخروجُ منه أمرًا لا بُدَّ منه بمنزِلةِ الخروجِ لحاجةِ الإنسانِ وأمّا عندَ الإكراه؛ فلأنّ الإكراهَ من أسبابِ العُذْرِ في الجُمْلةِ، فكان هذا القدرُ من الخروجِ مُلْحَقًا بالعدَمِ كما إذا خرج لحاجةِ الإنسانِ وهو يمشي مشيًا رَفيقًا. فإنْ خرج من المسجِدِ لغيرِ عُذْرٍ؛ فسد اعتِكافُه في قولِ أبي حنيفةَ وإنْ كان ساعةً، وعندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ لا يَفْسُدُ حتّى يخرجَ أكثرَ من نصفِ يومٍ، قال محمّدٌ: قولُ أبي حنيفةَ أقيسُ وقولُ أبي يوسفَ أوسَعُ.

(وجه قولِهما): أنّ الخروجَ القليلَ عَفْوٌ وإنْ كان بغيرِ عُذْرٍ بدليلِ أنّه لو خرج لحاجةِ الإنسانِ وهو يمشي مُتَأنّيًا؛ لم يَفْسُدِ اعتِكافُه وما دونَ نصفِ اليومِ؛ فهو قَليلٌ فكان عَفْوًا، ولأبي حنيفةَ أنّه ترك الاعتِكافَ باشتِغالِه بضِدِّه من غيرِ ضرورةٍ فيَبْطُلُ اعتِكافُه لفَواتِ الرّكْنِ، وبُطْلانُ الشّيءِ بفَواتِ رُكْنِه يستَوِي فيه الكثيرُ والقليلُ كالأكلِ في بابِ الصّومِ وفي الخروجِ لحاجةِ الإنسانِ ضرورةٌ. وأحوالُ النّاسِ في المشيِ مختلِفةٌ لا يُمْكِنُ ضَبْطُها فسَقَطَ اعتِبارُ صِفةِ المشيِ وههنا لا ضرورةَ في الخروجِ.

---

(١) في المخطوط: «لحاجة».
(٢) في المخطوط: «و».
(٣) في المخطوط: «و».
(٤) في المخطوط: «عن».

وعلى هذا الخلافُ إذا خرج لحاجةِ الإنسانِ ومَكَثَ بعدَ فراغِه أنّه يَنْتقِضُ اعتِكافُه عندَ أبي حنيفةَ قَلَّ مُكْثُه أو كثُرَ، وعندَهما لا يُنْتقضُ ما لم يكنْ أكثرَ من نصفِ يومٍ. ولو صَعَدَ المِئْذَنَةَ لم يَفْسُدِ اعتِكافُه بلا خلافٍ وإنْ كان بابُ المِئْذَنةِ خارجَ المسجِدِ؛ لأنّ المِئْذَنةَ من المسجِدِ.

ألا ترى أنّه يُمْنَعُ فيه كُلُّ ما يُمْنَعُ في المسجِدِ من البولِ ونحوِه ولا يجوزُ بَيْعُها فأشبَهَ زاويةً من زَوايا المسجِدِ وكذا إذا كانتْ دارُه بجَنْبِ المسجِدِ فأخرج رأسَه إلى دارِه لا يَفْسُدُ اعتِكافُه؛ لأنّ ذلك ليس بخُروجٍ. ألا ترى أنّه لو حَلَفَ لا يخرجُ من الدّارِ ففعل ذلك؛ لا يحنَثُ في يمينِه.

ورُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنّها قالتْ: كان رسولُ اللّه ﷺ يُخرِجُ رأسَه من المسجِدِ فيَغْسِلُ رأسَه [1].

وإنْ غَسَلَ رأسَه في المسجِدِ في إناءٍ لا بَأسَ به إذا لم يُلَوِّث المسجِدَ بالماءِ المُستَعملِ، فإنْ كان بحيث يتلَوّثُ المسجِدُ يُمْنَعُ منه؛ لأنّ تنظيفَ المسجِدِ واجبٌ لو توضّأ في المسجِدِ في إناءٍ؛ فهو على هذا التّفْصيلِ.

وَأمّا اعتِكافُ التّطَوُّعِ فهل يَفْسُدُ بالخروجِ لغيرِ عُذْرٍ كالخروجِ لعيادةِ المريضِ وتشييعِ الجِنازةِ فيه روايتانِ: في روايةِ الأصلِ لا يَفْسُدُ.

وفي روايةِ الحسَنِ بنِ زيادٍ عن أبي حنيفةَ يَفْسُدُ، بناءً على [١/ ٢١٨ب] أنّ اعتِكافَ التّطَوُّعِ غيرُ مُقدَّرٍ على روايةِ الأصلِ فلَه أنْ يَعتَكِفَ ساعةً من نَهارٍ أو نصفَ يومٍ أو ما شاء من قَليلٍ أو [2] كثيرٍ، أو يخرجُ فيكونُ مُعتَكِفًا ما أقام تارِكًا ما خرج وعلى روايةِ الحسَنِ هو مُقدَّرٌ بيومٍ كالصّومِ ولِهذا قال: إنّه لا يَصِحُّ بدونِ الصّومِ كما لا يَصِحُّ الاعتِكافُ الواجبُ بدونِ الصّومِ.

(وجه روايةِ الحسَنِ): أنّ الشُّروعَ في التّطَوُّعِ موجِبٌ للإتمامِ على أصلِ أصحابِنا صيانةً للمُؤدَّى عن البُطْلانِ كما في صومِ التّطَوُّعِ وصلاةِ التّطَوُّعِ، ومَسَّتِ الحاجةُ إلى صيانةِ المُؤدَّى ههنا؛ لأنّ القدرَ المُؤدَّى انعقد قربةً فيحتاجُ إلى صيانةٍ، وذلك بالمُضيِّ فيه إلى

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب: الاعتكاف، باب: غسل المعتكف، برقم (٢٠٣١)، ومسلم، كتاب: الحيض، باب: صفة غسل الجنابة، برقم (٣١٦).

(٢) في المخطوط: «و».

آخِرِ اليومِ.

(وجه روايةِ الأصلِ): أنّ الاعتِكافَ لُبْثٌ وإقامةٌ فلا يتقَدَّرُ بيومٍ كامِلٍ كالوُقوفِ بعَرَفَةَ وهذا لأنّ الأصلَ في كُلِّ فعلٍ تامٍّ بنفسِه في زَمانٍ: اعتِبارُه في نفسِه من غيرِ أنْ يَقِفَ اعتِبارُه على وُجودِ غيرِه. وكُلُّ لُبْثٍ وإقامةٍ توجَدُ فهو فعلٌ تامٌّ في نفسِه، فكان اعتِكافًا (في نفسِه) [(١)] فلا تقِفُ صِحَّتُه واعتِبارُه على وُجودِ أمثالِه إلى آخِرِ اليومِ هذا هو الحقيقةُ إلاَّ إذا جاء دليلُ التّغْييرِ فتُجْعَلُ الأفعالُ المُتَعَدِّدةُ المُتَغايِرةُ حقيقةً مُتَّحِدةً حكمًا؛ كما في الصّومِ ومَنِ ادَّعى التّغْييرَ ههنا يحتاجُ إلى الدّليلِ.

(وقولُه): الشُّروعُ فيه موجِبٌ مُسَلَّمٌ، لكنْ بقدرِ ما اتَّصَلَ به الأداءُ ولَمَّا خرج فما أوجب إلاَّ ذلك القدرَ؛ فلا يلزَمُه أكثرُ من ذلك. ولو جامع في حالِ الاعتِكافِ فسد اعتِكافُه؛ لأنّ الجِماعَ من محظوراتِ الاعتِكافِ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِي ٱلْمَسَٰجِدِ﴾ [البقرة:١٨٧] قِيلَ: المُباشَرةُ كِنايةٌ عن الجِماعِ كذا رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّ ما ذكر اللَّه عَزَّ وجَلَّ في القرآنِ من المُباشَرةِ والرّفَثِ والغشَيانِ فإنّما عَنَى به الجِماعَ لكنّ اللَّهَ تعالى حَيِيٌّ كريمٌ يُكَنِّي بما شاء؛ دَلَّتِ الآيةُ على أنّ الجِماعَ محظورٌ [في] [(٢)] الاعتِكافِ؛ فإنّ حَظْرَ الجِماعِ على المُعتَكِفِ ليس لمكانِ المسجِدِ بل لمكانِ الاعتِكافِ وإنْ كان ظاهرُ النّهْيِ عن المُباشَرةِ في حالِ الاعتِكافِ في المسجِدِ بقولِه عَزَّ وجَلَّ ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِي ٱلْمَسَٰجِدِ﴾ [البقرة:١٨٧]؛ لأنّ الآيةَ الكريمةَ نزلَتْ في قَوْمٍ كانوا يَعتَكِفونَ في المساجِدِ وكانوا يخرجونَ يقضونَ حاجَتَهم في الجِماعِ ثمّ يَغْتَسِلونَ ثمّ يرجعونَ إلى مُعتَكَفِهم لا أنّهم كانوا يُجامعونَ في المساجِدِ لِيُنْهَوْا عن ذلك، بل المساجِدُ في قُلوبهم كانتْ أجَلَّ وأعظَمَ من أنْ يجعلوها مكانًا لوَطْءِ نِسائهم فثبت أنّ النّهْيَ عن المُباشَرةِ في حالِ الاعتِكافِ لأجلِ الاعتِكافِ؛ فكان الجِماعُ من محظوراتِ الاعتِكافِ فيوجِبُ فسادَه سَواءٌ جامع ليلاً أو نَهارًا؛ لأنّ النّصّ مُطْلَقٌ فكان الجِماعُ (من محظوراتِ) [(٣)] الاعتِكافِ ليلاً ونَهارًا، وسَواءٌ كان عامِدًا أو ناسيًا بخلافِ الصّومِ فإنّ جِماعَ النّاسي لا يُفْسِدُ الصّومَ والنِّسيانُ لم يُجْعَلْ عُذْرٌ في بابِ الاعتِكافِ وجُعِلَ عُذْرًا في بابِ الصّومِ.

---

(١) في المخطوط: «بنفسه».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «محظور».

والفرقُ من وجهينِ:

(احدُهما): أنّ الأصلَ أنْ لا يكونَ عُذْرًا؛ لأنّ فعلَ النّاسي [(١)] مقدورُ الامتِناعِ عنه في الجُمْلةِ إذِ الوُقوعُ فيه لا يكونُ إلاّ لنوعِ تقصيرٍ ولِهذا كان النِّسيانُ جائز المُؤاخَذةِ عليه عندَنا، وإنّما رُفِعَتِ المُؤاخَذةُ ببَرَكةِ دُعاءِ النّبيِّ ﷺ بقولِه: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ [البقرة:٢٨٦] ولِهذا لـم يُجْعَلْ عُذْرًا في بابِ الصّلاةِ إلاّ أنّه جُعِلَ عُذْرًا في بابِ الصّومِ بالنّصِّ فيُقْتَصَرُ عليه.

(والثّاني): أنّ المُحَرَّمَ في الاعتِكافِ عَيْنُ الجِماعِ فيستَوِي فيه العمدُ والسّهوُ. والمُحَرَّمُ في بابِ الصّومِ هو الإفطارُ لا عَيْنُ الجِماعِ، أو حَرُمَ الجِماعُ لكونِه إفطارًا لا لكونِه جِماعًا؛ فكانتْ حُرْمَتُه لغيرِه وهو الإفطارُ، والإفطارُ يختلفُ حكمُه بالعمدِ والنِّسيانِ.

ولو أكل أو شَرِبَ في النّهارِ عامِدًا؛ فسد صومُه وفَسَدَ اعتِكافُه لفَسادِ الصّومِ، ولو أكل ناسيًا لا يَفْسُدُ اعتِكافُه؛ لأنّه لا يُفْسَدُ صومُه. والأصلُ أنّ ما كان من محظوراتِ الاعتِكافِ وهو مانِعٌ عنه لأجلِ الاعتِكافِ لا لأجلِ الصّومِ لا يختلفُ فيه العمدُ والسّهوُ والنّهارُ والليلُ كالجِماعِ والخروجِ من المسجِدِ وما كان من محظوراتِ الصّومِ، وهو ما مُنِعَ عنه لأجلِ الصّومِ يختلفُ فيه العمدُ والسّهوُ والنّهارُ والليلُ كالجِماعِ والخروجِ من المسجِدِ وكالأكلِ والشُّربِ. والفقه ما بيّنّا.

ولو باشَرَ فأنزل فسد اعتِكافُه؛ لأنّ المُباشَرةَ مَنْصُوصٌ عليها في الآيةِ. وقد قِيلَ في بعضِ وُجوه التّأويلِ: إنّ المُباشَرةَ الجِماعُ وما دونَه ولأنّ المُباشَرةَ مع الإنزالِ في معنى الجِماعِ فيُلْحَقُ به.

وكذا لو جامع فيما دونَ الفرجِ فأنزل؛ لما قلنا. فإنْ لم يُنْزِلْ لا يَفْسُدُ اعتِكافُه؛ لأنّه بدونِ الإنزالِ لا يكونُ في معنى الجِماعِ لكنّه يكونُ حَرامًا وكذا التّقْبيلُ والمُعانَقةُ واللَّمْسُ أنّه إنْ أنزل في شيءٍ من ذلك؛ فسد اعتِكافُه وإلاّ فلا يَفْسُدُ [١/ ٢١٩أ] لكنّه يكونُ حَرامًا بخلافِ الصّومِ فإنّ في بابِ الصّومِ لا تحرُمُ الدّواعي إذا كان يَأْمَنُ على نفسِه.

والفرقُ على نحوِ ما ذكرنا أنّ عَيْنَ الجِماعِ في بابِ الاعتِكافِ مُحَرَّمٌ، وتحريمُ الشّيءِ

(١) في المخطوط: «النسيان».

يكونُ تحريمًا لدَواعيه؛ لأنّها تُفْضي إليه فلو لم تحرُم؛ لأدّى إلى التّناقُضِ، وأمّا في بابِ الصّومِ فعَيْنُ الجِماعِ ليس مُحَرَّمًا، إنّما المُحَرَّمُ هو الإفطارُ أو [1] حَرُمَ الجِماعُ لكونِه إفطارًا، وهذا لا يتعَدّى إلى الدّواعي فهو الفرقُ، ولو نَظَرَ فأنزل؛ لم يَفْسُدِ اعتِكافُه لانعِدامِ الجِماعِ صُورةً ومعنًى؛ فأشبَهَ الاحتِلامَ. واللّه الموَفِّقُ.

وَلا يَأتي الزّوْجُ امرأتَه وهي مُعتَكِفةٌ إذا كانتِ اعتَكَفَتْ بإذنِ زَوْجِها؛ لأنّ اعتِكافَها إذا كان بإذنِ زَوْجِها [2]؛ فإنّه لا يملِكُ الرّجوعَ عنه لما بَيّنّا فيما تقَدَّمَ فلا يجوزُ وطْؤُها لما فيه من إفسادِ عِبادَتِها. وَيَفْسُدُ الاعتِكافُ بالرِّدَّةِ؛ لأنّ الاعتِكافَ قربةٌ والكافرُ ليس من أهلِ القربةِ، ولِهذا لم يَنْعَقِدْ مع الكُفْرِ فلا يبقى مع الكُفرِ أيضًا ونفسُ الإغماءِ لا يُفْسِدُه بلا خلافٍ حتّى لا يَنْقَطِعَ التّتابُعُ ولا يلزَمُه أنْ يستقبِلَ الاعتِكافَ إذا أفاقَ.

وإنْ أُغْميَ عليه أيّامًا أو أصابَه لَمَمٌ؛ فسد اعتِكافُه وعليه إذا بَرأ أنْ يستقبِلَ؛ لأنّه لَزِمَه مُتَتابِعًا وقد فاتَتْ صِفةُ التّتابُعِ فيلزَمُه الاستِقْبالُ كما في صومِ كفّارةِ الظِّهارِ فإنْ تَطاوَلَ الجُنونُ وبَقيَ سِنينَ ثمّ أفاقَ: هل يجبُ عليه أنْ يقضيَ أو يسقُطَ عنه؟ ففيه روايتانِ: قياسٌ، واستحسانٌ نذكرهما في موضِعِهِما إنْ شاء اللّه تعالى.

ولو سَكِرَ ليلاً؛ لا يَفْسُدُ اعتِكافُه عندَنا [3]، وعندَ الشّافعيِّ يَفْسُدُ [4].

---

(١) في المخطوط: «و». (٢) في المخطوط: «الزوج».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٣/ ١٢٦)، تبيين الحقائق (١/ ٣٥٢)، فتح القدير (٢/ ٤٠٣)، رد المحتار (١/ ٢١٥).

(٤) وفي بيان مذهب الشافعية يقول الشيرازي: قال في الأم: وإن سكر فسد اعتكافه ثم قال: وإن ارتد ومذهب الشافعية: ثم أسلم بنى على اعتكافه، واختلف أصحابنا فيه على ثلاثة طرق:

(فمنهم) من قال: لا يبطل فيهما، لأنهما لم يخرجاه من المسجد، وتأوّل قوله في السكران على ما إذا سكر وأخرج أنه لا يجوز إقراره في المسجد إذا خرج ليقام عليه الحد.

(ومنهم) من قال: يبطل فيهما، لأن السكران خرج عن أن يكون من أهل المقام في المسجد، والمرتد خرج عن أن يكون من أهل العبادات، وتأول قوله في المرتد على ما إذا ارتد في اعتكاف غير متتابع أنه يرجع ويتم ما بقي.

(ومنهم) من حمل المسألتين على ظاهرهما. فقال في السكران: يبطل، لأنه ليس من أهل المقام في المسجد، لأنه لا يجوز إقراره فيه فصار كما لو خرج من المسجد، والمرتد من أهل المقام فيه لأنه يجوز إقراره فيه، انظر المهذب مع المجموع (٦/ ٥٤٦ - ٥٤٧)، الأم (٢/ ١١٦)، أسنى المطالب (١/ ٤٣٦)، الغرر البهية (٢/ ٢٤٢)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١٠١)، مغني المحتاج (٢/ ١٩٦)، التجريد لنفع العبيد (٢/ ٩٥ - ٩٦).

(وجه قولِه): أنّ السّكْرانَ كالمجنونِ والجُنونُ يُفْسِدُ الاعتِكافَ فكذا السّكْرُ.

(ولَنَا): أنّ السّكْرَ ليس إلاّ معنًى له أثرٌ في العقلِ مُدَّةً يسيرةً فلا يُفْسِدُ الاعتِكافَ ولا يقطَعُ التّتابُعَ كالإغْماءِ. ولو حاضَتِ المرأةُ في حالِ الاعتِكافِ فسد اعتِكافها؛ لأنّ الحيضَ يُنافي أهليّةَ الاعتِكافِ لمُنافاتِها الصّومَ ولِهذا مُنِعَتْ من انعِقادِ الاعتِكافِ فتُمْنَعُ من البقاءِ.

ولو احتَلَمَ المُعتَكِفُ؛ لا يَفْسُدُ اعتِكافُه؛ لأنّه لا صُنْعَ له فيه فلم يكنْ جِماعًا ولا في معنى الجِماعِ، ثمّ إنْ أمكَنَه الاغتِسالُ في المسجِدِ من غيرِ أنْ يتلَوّثَ المسجِدُ فلا بَأسَ به وإلاّ فيخرجَ فيَغْتَسِلَ ويَعودَ إلى المسجِدِ. وَلا بَأسَ للمُعتَكِفِ أنْ يَبيعَ ويَشْتَرِيَ ويتزَوّجَ ويُراجِعَ ويلبَسَ ويتطَيّبَ ويَدَّهِنَ ويأكُلَ ويَشْرَبَ بعدَ غروبِ الشّمسِ إلى طُلوعِ الفجرِ ويتحَدَّثَ ما بَدا له بعدَ أنْ لا يكونَ صائمًا ويَنامَ في المسجِدِ. والمُرادُ من البيْعِ والشِّراءِ هو كلامُ الإيجاب والقبولِ من غيرِ نَقْلِ الأمتِعةِ إلى المسجِدِ؛ لأنّ ذلك مَمْنوعٌ عنه لأجلِ المسجِدِ لما فيه من اتِّخاذِ المسجِدِ مَتْجَرًا لا لأجلِ الاعتِكافِ.

وحُكِيَ عن مالِكٍ أنّه لا يجوزُ البيْعُ في المسجِدِ كأنّه يُشيرُ إلى ما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «**جَنِّبوا مَساجِدَكم صِبْيانَكم ومَجانينَكم وبَيْعَكم وشِراءَكم ورَفْعَ أصواتِكم وسَلَّ سُيوفِكم**»(١).

(ولَنَا): عُموماتُ البيْعِ والشِّراءِ من الكتابِ [الكريم] (٢) والسّنّةِ من غيرِ فصلٍ بين المسجِدِ وغيرِه.

ورُوِيَ عن عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال لابنِ أخيه جَعفَرٍ: هَلاَّ اشتَرَيْت خادِمًا؟ قال: كُنْت مُعتَكِفًا قال: وماذا عليك لو اشتَرَيْت (٣). أشارَ إلى جوازِ الشِّراءِ في المسجِدِ وأمّا الحديثُ فمحمولٌ على اتِّخاذِ المساجِدِ مَتاجِرَ كالسّوقِ يُباعُ فيها وتُنْقَلُ الأمتِعةُ إليها أو

---

(١) أخرجه ابن ماجه في كتاب: المساجد والجماعات، باب: ما يكره في المساجد، حديث (٧٥٠)، والبيهقي في السنن (١٠/ ١٠٣)، (٢٠٠٥٥)، والطبراني في الكبير (٨/ ١٣٢)، (٧٦٠١)، من حديث واثلة بن الأسقع، وقال البيهقي: العلاء بن كثير هذا شامي منكر الحديث، وقيل: عن مكحول عن يحيى ابن العلاء عن معاذ مرفوعًا، وليس بصحيح، قلت: وهو ضعيف جدًا كما في ضعيف الترغيب.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) أورده ابن حزم في «المحلى» (٥/ ١٨٩).

يُحمَلُ على النّدْبِ والاستحبابِ تَوْفيقًا بين الدّلائلِ بقدرِ الإمكانِ.

وأمَّا النِّكاحُ والرجعةُ فلأنّ نُصُوصَ النّكاحِ والرجعةِ لا تفصِلُ بين المسجِدِ وغيرِه من نحوِ قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء:٣] ونحوِ ذلك، وقوله تعالى ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ﴾ [البقرة:٢٣١] ونحوِ ذلك. وكذا الأكلُ والشُّربُ واللّبْسُ والطِّيبُ والنَّوْمُ؛ لقوله تعالى ﴿وَكُلُواْ وَٱشۡرَبُواْ﴾ [الأعراف: ٣١] وقوله تعالى: ﴿يَٰبَنِيٓ ءَادَمَ خُذُواْ زِينَتَكُمۡ عِندَ كُلِّ مَسۡجِدٍ﴾ [الأعراف:٣١] وقوله تعالى: ﴿قُلۡ مَنۡ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخۡرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزۡقِۚ﴾ [الأعراف:٣٢] وقولِه عزَّ وجَلَّ: ﴿وَجَعَلۡنَا نَوۡمَكُمۡ سُبَاتٗا﴾ [النبأ:٩] .

وقد رُوِيَ أنّ النّبيّ ﷺ كان يَفْعَلُ ذلك في حالِ اعتِكافِه في المسجِدِ مع أنّ الأكلَ والشُّربَ والنّوْمَ في المسجِدِ في حالِ الاعتِكافِ لو مُنِعَ منه؛ لَمُنِعَ من الاعتِكافِ إذْ ذلك أمرٌ لا بُدَّ منه، وأمَّا التّكلُّمُ بما لا مَأثَمَ فيه فلِقولِه تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا﴾ [الأحزاب:٧٠] قِيلَ في بعضِ وُجوه التّأويلِ: أي صِدْقًا وصَوابًا لا كذِبًا ولا فُحْشًا. وقد رُوِيَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ كان يتحَدَّثُ مع أصحابه ونِسائه رضي الله عنهم وهو مُعتكِفٌ في المسجِدِ[١] .

فأمَّا التّكلُّمُ بما فيه مَأثَمٌ فإنّه لا يجوزُ في غيرِ المسجِدِ ففي المسجِدِ أولى. ولَه أنْ يُحْرِمَ في اعتِكافِه بحَجٍّ أو عُمْرةٍ وإذا فعل لَزِمَه الإحرامُ وأقام في اعتِكافِه إلى أنْ يَفْرُغَ منه ثمّ يمضي في إحرامِه إلاّ أنْ يَخافَ فوتَ الحجِّ فيَدَعَ الاعتِكافَ ويَحُجَّ ثمّ يستقبِلُ الاعتِكافَ.

أمّا صِحّةُ الإحرامِ في حالِ الاعتِكافِ؛ فلأنّه لا تَنافيَ بينهما. ألا ترى أنّ الاعتِكافَ يَنْعَقِدُ مع الإحرامِ فيبقى [١/ ٢١٩ب] معه أيضًا، وإذا صَحَّ إحرامُه فإنّه يُتِمُّ الاعتِكافَ ثمّ يَشْتَغِلُ بأفعالِ الحجِّ؛ لأنّه يُمْكِنُه الجمعُ بينهما.

---

(١) وقد ورد ذلك في أحاديث كثيرة منها: حديث أم المؤمنين صفية - رضي الله عنها - قالت: «إنها جاءت رسول الله ﷺ تزوره وهو معتكف في المسجد في العشر الغوابر من رمضان فتحدثت عنده ساعة من العشاء ثم قامت تنقلب فقام معها النبي ﷺ يقلبها حتى إذا بلغت باب المسجد الذي عند مسكن أم سلمة زوج النبي ﷺ مر بهما رجلان من الأنصار، فسلما على رسول الله ﷺ، ثم نفذا، فقال لهما رسول الله ﷺ: «على رسلكما إنما هي صفية بنت حييٍّ» وهو عند البخاري في كتاب: الأدب، باب: التكبير والتسبيح عند التعجب، حديث (٦٢١٩)، ومسلم في كتاب: السلام، باب: بيان أنه يستحب لمن رئي خاليًا بامرأة، وكانت زوجته أو محرما....، حديث (٢١٧٢)، وأبو داود (٢٤٧٠)، وابن ماجه (١٧٧٩)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٢٦٢)، (٣٣٥٦).

وأمَّا إذا خافَ فوتَ الحجِّ فإنّه يَدَعُ الاعتِكافَ؛ لأنّ الحجَّ يَفوتُ والاعتِكافُ لا يَفوتُ فكان الاشتِغالُ بالذي يَفوتُ أولى ولأنّ الحجَّ آكَدُ وأهَمُّ من الاعتِكافِ فالاشتِغالُ به أولى وإذا تركَ الاعتِكافَ يقضيه بعدَ الفراغِ من الحجِّ. واللهُ أعلَمُ.

فصل [في حكمه إذا فسد]

وأمَّا بيانُ حكمِه إذا فسد فالذي فسد لا يخلو: إمَّا أنْ يكونَ واجبًا وأعني به المنْذورَ، وإمَّا أنْ يكونَ تَطوُّعًا فإنْ كان واجبًا يقضي إذا قَدرَ على القضاءِ إلاَّ الرِّدَّةُ خاصّةً؛ لأنّه إذا فسد التَحقَ بالعدَمِ فصار فائتًا معنًى فيحتاجُ إلى القضاءِ جَبْرًا للفَواتِ ويقضي بالصّومِ؛ لأنّه فاتَه مع الصّومِ فيقضيه مع الصّومِ غيرَ أنّ المنْذورَ به إنْ كان اعتِكافَ شهرٍ بعَيْنِه يقضي قدرَ ما فسد لا غيرَ ولا يلزَمُه الاستِقْبالُ كالصّومِ المنْذورِ به في شهرٍ بعَيْنِه إذا أفطرَ يومًا أنّه يقضي ذلك اليومَ ولا يلزَمُه الاستِئْنافُ كما في صوم رمضانَ؛ لما ذكرنا في كتابِ الصّومِ. وإذا كان اعتِكافَ شهرٍ بغيرِ عَيْنِه؛ يلزَمُه الاستِقْبالُ؛ لأنّه يلزَمُه مُتَتابعًا فيُراعي فيه صِفةَ التّتابُعِ وسَواءٌ فسد بصُنْعِه من غيرِ عُذْرٍ كالخروجِ والجِماعِ والأكلِ والشُّربِ في النّهارِ إلاَّ الرِّدَّةُ، أو فسد بصُنْعِه لعُذْرٍ كما إذا مرِضَ فاحتاجَ إلى الخروجِ فخرج أو بغيرِ صُنْعِه رأسًا كالحيضِ والجُنونِ والإغْماءِ الطّويلِ؛ لأنّ القضاءَ يجبُ جَبْرًا للفائتِ والحاجةُ إلى الجبْرِ مُتَحقِّقةٌ في الأحوالِ كُلِّها إلاَّ أنّ سُقوطَ القضاءِ في الرِّدَّةِ عُرِفَ بالنّصِّ وهو قوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨].

وقولُ النّبيِّ ﷺ: «**الإسلامُ يَجُبُّ ما قبلَه**»[1].

والقياسُ في الجُنونِ الطّويلِ أنْ يُسقِطَ القضاءَ كما في صومِ رمضانَ إلاَّ أنّ في الاستحسانِ يقضي؛ لأنّ سُقوطَ القضاءِ في صومِ رمضانَ إنّما كان لدَفْعِ الحرَجِ؛ لأنّ الجُنونَ إذا طالَ قَلَّما يزولُ فيتكَرَّرُ عليه صومُ رمضانَ فيُحْرَجُ في قضائه وهذا المعنى لا يتحَقَّقُ في الاعتِكافِ.

وَأمَّا اعتِكافُ التّطوُّعِ إذا قَطَعَه قبلَ تَمامِ اليومِ فلا شيءَ عليه في روايةِ الأصلِ، وفي

---

(١) أخرجه أحمد (١٧٣٥٧)، والبيهقي في السنن (٩/ ١٢٣)، (١٨٠٦٩) من حديث عمرو بن العاص، قلت: وهو صحيح، وانظر الإرواء (١٢٨٠).

روايةِ الحسَنِ يقضي بناءً على أنّ اعتِكافَ التّطَوُّعِ غيرُ مُعتَدٍّ في روايةِ محمّدٍ عن أبي حنيفةَ وفي روايةِ الحسَنِ عنه مُقَدَّرٌ بيومٍ وقد ذكرنا الوجهَ للرِّوايتيْنِ فيما تقَدَّمَ.

وَأمَّا حكمُه إذا فاتَ عن وقتِه المُعَيّنِ له بأنْ نَذْرَ اعتِكافَ شهرٍ بعَيْنِه أنّه إذا فاتَ بعضُه قضاه لا غيرُ ولا يلزَمُه الاستِقْبالُ كما في الصّومِ وإنْ فاتَه كُلُّه قضَى الكُلَّ مُتَتابِعًا؛ لأنّه لَمّا لم يَعتَكِفْ حتّى مَضَى الوقتُ صار الاعتِكافُ دَيْنًا في ذِمَّتِه فصار كأنّه أنْشَأ النّذْرَ باعتِكافِ شهرٍ بعَيْنِه [(١)] فإنْ قَدَرَ على قضائه فلم يقضِه حتّى أيِسَ من حَياتِه؛ يجبُ عليه أنْ يوصيَ بالفِدْيةِ لكُلِّ يومٍ طَعامُ مِسكينٍ لأجلِ الصّومِ لا لأجلِ الاعتِكافِ كما في قضاءِ رمضانَ والصّومِ المنْذورِ في وقتٍ بعَيْنِه.

وإنْ قَدَرَ على البعضِ دونَ البعضِ فلم يَعتَكِفْ فكذلك إنْ كان صحيحًا وقتَ النّذْرِ فإنْ كان مريضًا وقتَ النّذْرِ فذهب الوقتُ وهو مريضٌ حتّى ماتَ؛ فلا شيءَ عليه وإنْ صَحَّ يومًا؛ فهو على الاختِلافِ الذي ذكرناه في الصّومِ المنْذورِ في وقتٍ بعَيْنِه.

[وإذا نَذَرَ اعتِكافَ شهرٍ بغيرِ عَيْنِه؛ فجميعُ العُمُرِ وقتُه كما في النّذْرِ بالصّوم في وقتٍ بغيرِ عَيْنِه] [(٢)] وفي أيِّ وقتٍ أدَّى؛ كان مُؤَدِّيًا لا قاضيًا؛ لأنّ الإيجابَ حَصَلَ مُطْلَقًا عن الوقتِ وإنّما يتضيق عليه الوُجوبَ إذا أيِسَ من حَياتِه وعندَ ذلك يجبُ عليه أنْ يوصيَ بالفِدْيةِ كما في قضاءِ رمضانَ والصّومِ المنْذورِ المُطْلَقِ. فإنْ لم يوصِ حتّى ماتَ؛ سَقَطَ عنه في حق أحكامِ الدُّنْيا عندَنا حتّى لا تُؤخَذُ من تَرِكَتِه ولا يجبُ على الوَرَثةِ الفِدْيةُ إلاّ أنْ يتبَرَّعوا به[(٣)].

وعندَ الشّافعيِّ: لا تسقُطُ وتُؤْخَذُ من تَرِكَتِه وتُعتَبَرُ من جميعِ المالِ[(٤)].

والمسألةُ مَضَتْ في كتابِ الزّكاةِ واللّه الموَفِّقُ.

* * *

---

(١) في المخطوط: «بغير عينه». (٢) ليست في المخطوط.

(٣) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٢/ ١٨٥، ١٨٦)، تحفة الفقهاء (١/ ٣١١، ٣١٢).

(٤) مذهب الشافعية: قال الشافعي: لا تسقط ويخرجها الوارث من غير وصية من جميع المال، انظر: الأم (٢/ ١٥)، المجموع شرح المهذب (٥/ ٣٣٥، ٣٣٦).

كتاب الحج




(١)

الكتابُ يَشْتَمِلُ على فصلينِ: فصلٌ في الحجِّ، وفصلٌ في العُمْرةِ.

أمَّا [فصلُ] (٢) الحجِّ:

فالكلامُ فيه يَقَعُ في مواضعَ: في بيانِ فرضيّةِ الحجِّ، وفي بيانِ كيفيّةِ فرضِه، وفي بيانِ شَرائطِ الفرضيّةِ وفي بيانِ أركانِ الحجِّ، وفي بيانِ واجباتِه، وفي بيانِ سُنَنِه، وفي بيانِ التّرْتيبِ في أفعالِه من الفرائضِ، والواجباتِ، والسّنَنِ، وفي بيانِ شَرائطِ أركانِه، وفي بيانِ ما يُفْسِدُه [وفي] (٣) بيانِ حكمِه إذا فسد، وفي بيانِ ما يُفَوِّتُ الحجَّ بعدَ الشُّروعِ فيه (٤) وفي بيانِ حكمِه إذا فاتَ (٥) عن عُمْرِه أصلاً، ورأسًا.

(امَّا الأوّلُ): فالحجُّ فريضةٌ ثبتتْ فرضيّتُه بالكتابِ، والسّنّةِ، وإجماعِ الأُمَّةِ والمعقولِ.

أمَّا الكتابُ: فقولُه تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران :٩٧]، في الآيةِ دليلُ وُجوبِ الحجِّ من وجهينِ:

(احدُهما): أنّه قال [١/ ٢٢٠أ]: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ [حِجُّ ٱلْبَيْتِ]﴾ [آل عمران :٩٧]، و«على»: كلِمةُ إيجابٍ.

(والثّاني): أنّه قال تعالى: ﴿وَمَن كَفَرَ﴾ قِيلَ في التّأويلِ: ومَنْ كفر بوُجوبِ الحجِّ حتّى رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنه أنّه قال: أي ومَنْ كفر بالحجِّ فلم يَرَ حَجَّه برًّا، ولا تركه

---

(١) **الحج**: بفتح الحاء ويجوز كسرها، هو لغة القصد، حج إلينا فلان: أي قدم، وحجه يحجه حجا: قصده. ورجل محجوج، أي مقصود. هذا هو المشهور. وقال جماعة من أهل اللغة: الحج: القصد لمعظم. والحج بالكسر: الاسم. والحجة: المرة الواحدة، وهو من الشواذ، لأن القياس بالفتح.

والحج في اصطلاح الشرع: هو قصد موضع مخصوص (وهو البيت الحرام وعرفة) في وقت مخصوص (وهو أشهر الحج) للقيام بأعمال مخصوصة وهي الوقوف بعرفة، والطواف، والسعي عند جمهور العلماء، بشرائط مخصوصة يأتي بيانها. انظر الموسوعة الفقهية (١٧/ ٢٣).

(٢) ليست في المخطوط. (٣) زيادة من المخطوط.

(٤) زاد في المخطوط: «بفواته».

(٥) تكرر في المخطوط: «بعد الشروع فيه وفي بيان حكمه إذا فات».

مَأثمًا. وقوله تعالى لإبراهيمَ عليه الصلاة والسلام: ﴿وَأَذِّن فِي ٱلنَّاسِ بِٱلْحَجِّ﴾ [الحج:٢٧] قيل: أي: ادْعُ النّاسَ ونادِهم إلى حَجِّ البيتِ، وقيلَ: أي أعلِم النّاسَ أنّ اللّهَ فرَضَ عليهم الحجَّ، دليلُه قوله تعالى: ﴿يَأْتُوكَ رِجَالًا وَعَلَىٰ كُلِّ ضَامِرٍ﴾ [الحج:٢٧].

وأمَّا السّنّةُ: فقولُه ﷺ: «بُنيَ الإسلامُ على خمسٍ: شهادةِ أنْ لا إلَهَ إلاَّ اللّه، وإقامِ الصّلاةِ، وإيتاءِ الزّكاةِ، وصومِ رمضانَ وحَجِّ البيتِ مَنِ استطاعَ إليه سبيلاً»(١). وقولُه ﷺ: «اعبُدوا ربّكم وصَلُّوا خمسَكم، وصُوموا شهرَكم، وحُجُّوا بيتَ ربِّكم، وأدُّوا زكاةَ أموالِكم طيِّبةً بها أنفسُكم تَدْخلوا جَنّةَ ربِّكم»(٢).

ورُوِيَ عنه عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «مَنْ ماتَ ولم يَحُجَّ حَجّةَ الإسلامِ من غيرِ أنْ يمنَعَه سُلْطانٌ جائرٌ، أو مرَضٌ حابِسٌ، أو عَدوٌّ ظاهرٌ، فلْيَمُتْ إنْ شاء يهوديًا، وإنْ شاء نَصْرانيًا، أو مَجوسيًا»(٣).

ورُوِيَ أنّه قال: «مَنْ مَلَكَ زادًا وراحِلةً تُبلِّغُه إلى بيتِ اللّه الحرامِ فلم يَحُجَّ، فلا عليه أنْ يَموتَ يَهوديًا أو نَصْرانيًا»(٤).

وأمَّا الإجماعُ: فلأنّ الأُمّةَ أجمعتْ على فرضيّتِه (٥).

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الإيمان، باب: بني الإسلام على خمس، حديث (٨)، ومسلم في كتاب: الإيمان، باب: بيان أركان الإسلام، حديث (١٦)، والترمذي (٢٦٠٩)، والنسائي (٥٠٠١)، من حديث ابن عمر، ولم أقف على لفظ «من استطاع إليه سبيلاً»، ويؤكد معناه قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران:٩٧].

(٢) أخرجه الترمذي في كتاب: الجمعة، باب: منه، حديث (٦١٦)، وأحمد (٢١٦٥٧)، والحاكم في المستدرك (١/ ٥٢)، (١٩)، والطبراني في الكبير (٨/ ١١٥)، (٧٥٣٥)، من حديث أبي أمامة الباهلي، وهو صحيح، وانظر صحيح الجامع (١٠٩).

(٣) أخرجه الدارمي، كتاب: المناسك، باب: من مات ولم يحج، برقم (١٧٨٥)، والبيهقي في السنن (٤/ ٣٣٤)، (٨٤٤٣)، وذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٤١١) من حديث أبي أمامة، وقال الزيلعي: قال ابن دقيق في «الإمام»: وليث هذا هو ابن أبي سليم وهو ضعيف، انتهى، وهو ضعيف كما في المشكاة (٢٥٣٥).

(٤) أخرجه الترمذي في كتاب: الحج، باب: ما جاء في التغليظ في ترك الحج، حديث (٨١٢)، وذكره ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٢/ ٢٢٢)، (٩٥٧)، من حديث علي بن أبي طالب، وقال: رواه الترمذي وقال: غريب وفي إسناده مقال، والحارث ضعيف، وهلال بن عبد الله الراوي مجهول، انتهى، وهو ضعيف كما في ضعيف الجامع (٥٨٦٠).

(٥) في المخطوط: «فرضية الحج».

وأمَّا المعقولُ: فهو أنّ العِباداتِ وجبتْ لحَقِّ العُبوديّةِ، أو لحَقِّ شُكْرِ النِّعمةِ إذْ كُلُّ ذلك لازِمٌ في المعقولِ وفي الحجِّ إظهارُ العُبوديّةِ، وشُكْرُ النّعمةِ، أمّا إظهارُ العُبوديّةِ؛ فلأنّ إظهارَ العُبوديّةِ هو إظهارُ التّذلُّلِ للمعبودِ، وفي الحجِّ ذلك؛ لأنّ الحاجَّ في حالِ إحرامِه يُظْهِرُ الشّعَثَ، ويَرْفُضُ أسبابَ التّزَيُّنِ، والارتِفاقِ، ويتصَوّرُ بصُورةِ عبدٍ سَخطَ عليه مولاه، فيتعَرَّضُ بسوءِ حالِه لعَطْفِ مولاه، ومرحَمَتِه إيّاه، وفي حالِ وُقوفِه بعَرَفةَ بمنزِلةِ عبدٍ عَصَى مولاه فوَقَفَ بين يَدَيْه مُتَضرِّعًا حامِدًا له مُثْنِيًا عليه مُستَغْفِرًا لزَلاَّتِه مُستقيلاً لعَثَراتِه، وبِالطّوافِ حولَ البيتِ يُلازِمُ المكانَ المنْسوبَ إلى رَبِّه بمنزِلةِ عبدٍ مُعتكِفٍ على بابِ مولاه لائذٍ بجَنابه.

وأمّا شُكْرُ النِّعمةِ؛ فلأنّ العِباداتِ بعضُها بَدَنيّةٌ، وبعضُها ماليّةٌ، والحجُّ عِبادةٌ لا تقومُ إلاّ بالبدنِ، والمالِ؛ ولِهذا لا يجبُ إلاّ عندَ وُجودِ المالِ وصِحّةِ البدنِ، فكان فيه شُكْرُ النِّعمَتَيْنِ، وشُكْرُ النِّعمةِ ليس إلاّ استِعمالُها في طاعةِ المُنْعِمِ، وشُكْرُ النِّعمةِ واجبٌ عَقْلاً، وشرعًا، واللهُ أعلَمُ.

فصل [في بيان فرضه]

وأمّا كيفيّةُ فرضِه فمنها أنّه فرضُ عَيْنٍ لا فرضُ كفايةٍ، فيجبُ على كُلِّ مَنِ استجمع شَرائطَ الوُجوبِ عَيْنًا لا يسقُطُ بإقامةِ البعضِ عن الباقينَ [1]، بخلافِ الجِهادِ فإنّه فرضُ كفايةٍ إذا قام به البعضُ سَقَطَ عن الباقينَ؛ لأنّ الإيجابَ تَناوَلَ كُلَّ واحِدٍ من آحادِ النّاسِ عَيْنًا، والأصلُ أنّ الإنسانَ لا يخرجُ عن عُهْدةِ ما عليه إلاّ بأدائه بنفسِه إلاّ إذا حَصَلَ المقصُودُ منه بأداءِ غيرِه، كالجِهادِ، ونحوِه، وذلك لا يتحَقّقُ في الحجِّ.

(ومنها): أنّه لا يجبُ في العُمْرِ إلاّ مرّةً واحِدةً بخلافِ الصّلاةِ، والصّومِ، والزّكاةِ، فإنّ الصّلاةَ تجبُ في كُلِّ يومٍ وليلةٍ خمسَ مرّاتٍ، والزّكاةَ، والصّومَ يجبانِ في كُلِّ سَنةٍ مرّةً واحِدةً؛ لأنّ الأمرَ المُطْلَقَ بالفعلِ لا يقتضي التّكرارَ لما عُرِفَ في (أُصُولِ الفقه)، والتّكرارُ في بابِ الصّلاةِ، والزّكاةِ، والصّومِ ثبت بدليلٍ زائدٍ لا بمُطْلَقِ الأمرِ، ولِما رُوِيَ أنّه لَمّا نزلتْ آيةُ الحجِّ سأل الأقرَعُ بنُ حابِسٍ رضي الله عنه رسولَ اللّه ﷺ فقال: يا رسولَ

(١) في المخطوط: «البعض».

اللَّه الحجُّ في كُلِّ عام أو مرّةٌ واحِدةٌ؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «مرّةً واحِدةً»[١]، وفي روايةٍ قال: لَمَّا نزلتْ آيةُ الحجِّ ألِعامِنا هذا يا رسولَ اللَّه أم للأبَدِ؟ فقال: «للأبَدِ»[٢].

ولأنّه عِبادةٌ لا تَتَأدّى إلاَّ بكُلْفةٍ عَظيمةٍ ومَشَقَّةٍ شَديدةٍ بخلافِ سائرِ العِباداتِ، فلو وجب في كُلِّ عامٍ؛ لأدَّى إلى الحرَجِ، وأنّه مَنْفيٌّ شرعًا، ولأنّه إذا لم يُمْكِنْ أداؤه إلاَّ بحَرَجٍ لا يُؤدَّى فيلحَقُ المأثمُ، والعِقابُ إلى هذا أشارَ النّبيُّ ﷺ لَمَّا سأله الأقرَعُ بنُ حابِسٍ، وقال: ألِعامِنا هذا أم للأبَدِ؟ فقال عليه الصلاة والسلام: «للأبَدِ، ولو قُلْتُ في كُلِّ عامٍ لَوَجَبَ، ولو وجب ثمّ تَرَكْتُم لَضَلَلْتُم»[٣].

واختُلِفَ في وُجوبه على الفورِ، والتّراخي، ذكر الكَرْخيُّ: أنّه على الفورِ حتّى يَأثَمَ بالتّأخيرِ عن أوّلِ أوقات الإمكانِ، وهي السّنةُ الأُولى عندَ استِجْماعِ شَرائطِ الوُجوبِ، وذكر أبو سَهْلٍ الزّجّاجيُّ الخلافَ في المسألةِ بين أبي يوسفَ، ومحمّدٍ فقال في قولِ أبي يوسفَ: يجبُ على الفورِ، وفي قولِ محمّدٍ: على التّراخي، وهو قولُ الشّافعيِّ. ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ مثلُ قولِ أبي يوسفَ. ورُوِيَ عنه مثلُ قولِ محمّدٍ.

(وجه قولِ محمّدٍ): أنّ اللَّهَ تعالى فرَضَ الحجَّ في وقتِ [الحج][٤] مُطْلَقًا؛ لأنّ قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران:٩٧] مُطْلَقٌ عن الوقتِ ثمّ بيّنَ، وقتَ الحجِّ بقولِه (عَزَّ وجَلَّ): ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ [البقرة:١٩٧] أي: وقتُ الحجِّ

---

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: المناسك، باب: فرض الحج، حديث (١٧٢١)، وابن ماجه (٢٨٨٦)، والحاكم في المستدرك (١/ ٦٠٨)، حديث (١٦٠٩)، وذكره الزيلعى في نصب الراية (٣/ ١) من حديث ابن عباس، وقال الحاكم: إسناده صحيح ولم يخرجاه فإنهما لم يخرجا لسفيان بن حسين وهو من الثقات الذين يجمع حديثهم، وقال الزيلعى: سفيان بن حسين تكلم فيه بعضهم، وقال ابن حبان في كتاب «الضعفاء»: سفيان بن حسين الواسطي يروي عن الزهري المقلوبات وإذا روى عن غيره أشبه حديث الأثبات وذلك أن صحيفة الزهري اختلطت عليه وكان يأتي بها على التوهم، والإنصاف في أمره: تنكب ما روى عن الزهري والاحتجاج بما روى عن غيره، قلت: وهو صحيح كما في صحيح أبي داود.

(٢) انظر الحديث الذي بعده.

(٣) أخرجه مسلم في كتاب: الحج، باب: فرض الحج مرة في العمر، حديث (١٣٣٧)، والنسائي (٢٦١٩)، والكبرى (٢/ ٣١٩)، (٣٥٩٨)، وابن حبان (٩/ ١٨)، (٣٧٠٤)، من حديث أبي هريرة، وفيه: خطبنا رسول الله ﷺ فقال: «أيها الناس فرض عليكم الحج فحجوا»، فقال رجل: أكل عام يا رسول الله، فسكت حتى قالها ثلاثًا، فقال رسول الله ﷺ: «لو قلت نعم لوجبت ولما استطعتم» ثم قال: «ذروني ما تركتكم فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم».

(٤) زيادة من المخطوط.

أشهُرٌ معلوماتٌ فصار المفروضُ هو الحجُّ في أشهُرِ الحجِّ مُطْلَقًا من العُمْرِ فتقييدُه بالفورِ تقييدُ المُطْلَقِ، ولا يجوزُ إلاَّ بدليلٍ. ورُوِيَ أنّ فتْحَ مكّةَ كان لسَنةِ ثَمانٍ من الهِجْرةِ، وحَجَّ رسولُ اللّه [١/ ٢٢٠ب] ﷺ في سَنةِ العشْرِ [١]، ولو كان وُجوبُه على الفورِ لَما احتَمَلَ التّأخيرَ منه.

والدّليلُ عليه: أنّه لو أدّى في السّنةِ الثّانيةِ أو الثّالثةِ يكونُ مُؤَدّيًا لا قاضيًا، ولو كان، واجبًا على الفورِ. وقد فاتَ الفورُ فقد فاتَ وقتُه فينبغي أنْ يكونَ قاضيًا لا مُؤَدّيًا كما لو فاتَتْ صلاةُ الظّهرِ عن وقتِها، وصومُ رمضانَ عن وقتِه.

(ولهما) أنّ الأمرَ بالحجِّ في وقتِه مُطْلَقٌ يحتَمِلُ الفورَ، ويحتَمِلُ التّراخيَ، والحمْلُ على الفورِ أحوَطُ؛ لأنّه إذا حُمِلَ عليه يَأتي بالفعلِ على الفورِ ظاهرًا وغالِبًا خَوْفًا من الإثمِ بالتّأخيرِ، فإنْ أُريدَ به الفورُ فقد أتَى بما أُمِرَ به فأمِنَ الضّرَرَ، وإنْ أُريدَ به التّراخي لا يَضُرُّه الفعلُ على الفورِ بل يَنْفَعُه؛ لمُسارَعَتِه إلى الخيْرِ، ولو حُمِلَ على التّراخي رُبَّما لا يَأتي به على الفورِ، بل يُؤَخِّرُ إلى السّنةِ الثّانيةِ، والثّالثةِ فتَلْحَقُه المضَرَّةُ إنْ أُريدَ به الفورُ، وإنْ كان لا يلحَقُه إنْ أُريدَ به التّراخي، فكان الحمْلُ على الفورِ حَمْلاً على أحوَطِ الوجهينِ فكان أولى.

وهذا قولُ إمامِ الهُدَى الشّيخِ أبي مَنْصُورِ الماتُريديِّ في كُلِّ أمرٍ مُطْلَقٍ عن الوقتِ أنّه يُحمَلُ على الفورِ لكنْ عَمَلاً لا اعتِقادًا على طَريقِ التّعيينِ أنّ المُرادَ منه الفورُ أو التّراخي بل يُعتقَدُ [منهما] [٢] أنّ ما أرادَ اللّه تعالى به من الفورِ، والتّراخي فهو حَقٌّ، ورَوَيْنا عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: **«مَنْ مَلَكَ زادًا، وراحِلةً تُبَلِّغُه إلى بيتِ اللّه الحرامِ فلم يَحُجَّ فلا عليه أنْ يَموتَ يَهوديًا أو نَصرانيًا»**[٣] ألحَقَ الوَعيدَ بمَنْ أخَّرَ الحجَّ عن أوّلِ أوقاتِ الإمكانِ؛ لأنّه قال: «مَنْ مَلَكَ» كذا «فلم يَحُجَّ»، والفاءُ للتَّعقيبِ بلا فصلٍ أي لم يَحُجَّ عَقيبَ مِلْكِ الزّادِ، والرّاحِلةِ بلا فصلٍ.

وأمّا طَريقُ عامّةِ المشايِخِ فإنّ للحَجِّ وقتًا مُعَيّنًا من السّنةِ يَفوتُ عن تلك السّنةِ بفَواتِ

(١) في المخطوط: «عشرٍ».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) سبق تخريجه.

ذلك الوقتِ، فلو أخَّره عن السّنةِ الأُولى. وقد يَعيشُ إلى السّنةِ الثّانيةِ. وقد لا يَعيشُ فكان التّأخيرُ عن السّنةِ الأُولى تفويتًا له للحالِ؛ [لأنّه لا يُمْكِنُه الأداءُ للحالِ إلى أنْ يَجيءَ، وقتُ الحجِّ من السّنةِ الثّانيةِ] (١)، وفي إدراكِه السّنةَ الثّانيةَ شَكٌّ، فلا يَرْتفِعُ الفواتُ الثّابِتُ للحالِ بالشّكِّ، والتّفْويتُ حَرامٌ.

وأمّا قولُه: إنّ الوُجوبَ في الوقتِ ثبت مُطْلَقًا عن الفورِ فمُسَلَّمٌ لكنّ المُطْلَقَ يحتَمِلُ الفورَ، ويحتَمِلُ التّراخيَ، والحمْلُ على الفورِ أولى لما بيّنّا، ويجوزُ تقييدُ المُطْلَقِ عندَ قيامِ الدّليلِ، وأمّا تأخيرُ رسولِ اللّه ﷺ الحجَّ عن أوّلِ أوقاتِ الإمكانِ فقد قيل إنّه كان لعُذْرٍ له، ولا كلامَ في حالِ العُذْرِ يَدُلُّ على أنّه لا خلافَ في أنّ التّعجيلَ أفضلُ، والرّسولُ ﷺ: لا يَتْرُكُ الأفضلَ إلاّ لعُذْرٍ على أنّ المانِعَ من التّأخيرِ هو احتِمالُ الفواتِ، ولم يكنْ في تأخيرِه ذلك [فواتٌ] لعلمِه من طَريقِ الوَحْيِ أنّه يَحُجُّ قبلَ موتِه قال اللّه تعالى: ﴿لَّقَدْ صَدَقَ ٱللَّهُ رَسُولَهُ ٱلرُّءْيَا بِٱلْحَقِّ لَتَدْخُلُنَّ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ إِن شَآءَ ٱللَّهُ ءَامِنِينَ﴾ [الفتح:٢٧]. والثُّنْيا(٢) للتّيَمُّنِ، والتّبَرُّكِ أو لما أنّ اللّهَ تعالى خاطَبَ الجماعةَ. وقد عَلِمَ أنّ بعضَهم يَموتُ قبلَ الدُّخولِ.

وأمّا قولُه: لو أدّى في السّنةِ الثّانيةِ كان مُؤدّيًا لا قاضيًا، فإنّما كان كذلك؛ لأنّ أثرَ الوُجوبِ على الفورِ (٣) عَمَلاً في احتِمالِ الإثمِ بالتّأخيرِ عن أوّلِ الوقتِ في الإمكانِ لا في إخراجِ السّنةِ الثّانيةِ، والثّالثةِ من أنْ يكونَ وقتًا للواجبِ كما في بابِ الصّلاةِ، وهذا؛ لأنّ وُجوبَ التّعجيلِ إنّما (٤) كان تَحَرُّزًا عن الفواتِ فإذا عاشَ إلى السّنةِ الثّانيةِ، والثّالثةِ فقد زالَ احتِمالُ الفواتِ فحَصَلَ الأداءُ في وقتِه كما في بابِ الصّلاةِ، واللهُ تعالى أعلَمُ.

فصل [في شرائط فرضيته]

وأمّا شَرائطُ فرضيّتِه فنوعانِ: نوعٌ يَعُمُّ الرِّجالَ والنِّساءَ، ونوعٌ يَخُصُّ النِّساءَ.

أمّا الذي يَعُمُّ الرِّجالَ والنِّساءَ فمنها: البُلوغُ، ومنها العقلُ فلا حَجَّ على الصّبيِّ،

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) الثُّنيا: أي الاستثناء والمراد قوله تعالى: ﴿إِن شَآءَ ٱللَّهُ﴾ انظر مختار الصحاح ص (٣٧)، لسان العرب (١٤/ ١٢٥).

(٣) في المخطوط: «الوجوب».

(٤) في المخطوط: «إذا».

والمجنونِ؛ لأنّه لا خطابَ عليهِما فلا يلزَمُهما الحجُّ حتّى لو حَجّا، ثمّ بَلَغَ الصّبيُّ، وأفاقَ المجنونُ فعليهِما حَجَّةُ الإسلامِ، وما فعله الصّبيُّ [قبلَ البُلوغِ] [١] يكونُ تَطوُّعًا. وقد رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «أيُّما صَبيٍّ حَجَّ عَشرَ حِجَجٍ ثمّ بَلَغَ فعليه حَجَّةُ الإسلامِ»[٢].

ومنها: الإسلامُ في حَقِّ أحكامِ الدُّنْيا بالإجماعِ حتّى لو حَجَّ الكافرُ ثمّ أسلَمَ يجبُ عليه حَجَّةُ الإسلامِ، ولا يُعتَدُّ بما حَجَّ في حالِ الكُفْرِ.

وقد رُوِيَ عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال: «أيُّما أعرابيٍّ حَجَّ، ولو عَشْرَ حِجَجٍ فعليه حَجَّةُ الإسلامِ إذا هاجَرَ»[٣] يَعني أنّه إذا حَجَّ قبلَ الإسلامِ ثمّ أسلَمَ، ولأنّ الحجَّ عِبادةٌ، والكافرُ ليس من أهلِ العِبادةِ. وكذا لا حَجَّ على الكافرِ في حَقِّ أحكامِ الآخِرةِ عندَنا[٤] حتّى لا يُؤَاخَذَ بالتّرْكِ وعند الشّافعيِّ ليس بشرطٍ ويجبُ على الكافرِ حتّى يُؤَاخَذْ بتركِه في الآخِرةِ[٥].

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن (٤/ ٣٢٥)، (٨٣٩٦)، والحاكم في المستدرك (١/ ٦٥٥)، (١٧٦٩)، وذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٦) من حديث ابن عباس مرفوعًا، وقال الزيلعي: قال البيهقي: الصواب وقفه، وقال الشيخ في الإمام مستدركًا على البيهقي: رواه الحافظ أبو بكر الإسماعيلي في جمعه لحديث سليمان الأعمش عن الحارث بن شريح أبي عمر الثقال الخوارزمي عن يزيد عن زريع به مرفوعًا، قلت: وقد صح مرفوعًا كما في الإرواء (٩٨٦)، ولفظه «أيما صبي حج ثم بلغ فعليه حجة أخرى».

(٣) أخرجه البيهقي في السنن (٥/ ١٧٩)، (٩٦٣٠)، وابن خزيمة (٤/ ٣٤٩)، (٣٠٥٠)، من حديث ابن عباس، وهو صحيح كما في صحيح الجامع (٢٧٢٩)، وفيه «وأيما أعرابي حج ثم هاجر فعليه أن يحج حجة أخرى، وأيما عبد حج ثم أعتق فعليه أن يحج حجة أخرى».

(٤) **انظر في مذهب الحنفية:** المبسوط (٤/ ١٧٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٥)، فتح القدير (٢/ ٤٠٩)، دُرر الحكام (١/ ٢١٦)، مجمع الأنهر (١/ ٢٦٠)، رد المحتار (٢/ ٤٥٨).

(٥) **في بيان مذهب الشافعية** يقول النووي: قال الشافعي والأصحاب: إنما يجب الحج على مسلم بالغ وعاقل حر مستطيع، فإن اختل أحد الشروط لم يجب بلا خلاف، فالكافر الأصلي لا يطالب بفعله في الدنيا بلا خلاف، سواء الحربي والذمي والكتابي والوثني والمرأة والرجل، وهذا لا خلاف فيه، فإذا استطاع في حال كفره ثم أسلم وهو معسر لم يلزمه الحج إلا أن يستطيع بعد ذلك؛ لأن الاستطاعة في الكفر لا أثر لها، وهذا لا خلاف فيه (وأما) المرتد فيجب عليه، فإذا استطاع في ردته ثم أسلم وهو معسر فالحج مستقر في ذمته بتلك الاستطاعة (وأما) الإثم بترك الحج فيأثم المرتد بلا خلاف لأنه مكلف به في حال ردته (وأما) الكافر الأصلي فهل يأثم؟ قال أصحابنا: فيه خلاف مبني على أنه مخاطب بالفروع أم لا؟ (فإن قلنا) بالصحيح: إنه مخاطب أثم وإلا فلا، انظر المجموع (٧/ ٢٢)، الأم (٢/ ١٢٠)، أسنى المطالب (١/ ٤٤٤)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١٠٩)، مغني المحتاج (٢/ ٢١٠)، تحفة الحبيب (٢/ ٤٢٤)، التجريد لنفع العبيد (٢/ ١٠٤).

وأصلُ المسألةِ أنّ الكُفَّار لا يُخاطَبونَ بشَرائعَ هي: عِباداتٌ عندَنا، وعندَه يُخاطَبونَ بذلك، وهذا يُعرَفُ في أُصُولِ الفقه، ولا حُجَّةَ له في قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران:٩٧]؛ لأنّ المُرادَ منه المُؤْمِنونَ بدليلِ سياقِ الآيةِ، وهو قولُه: ﴿وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾ [آل عمران:٩٧]، وبدليلِ عَقْليٍّ يَشْمَلُ الحجَّ، وغيرَه من [١/ ٢٢١أ] العِباداتِ، وهو أنّ الحجَّ عِبادةٌ، والكافرُ ليس من أهلِ أداءِ العِبادةِ، ولا سبيلَ إلى الإيجاب لقُدْرَتِه على الأداءِ بتقديمِ الإسلامِ لما فيه من جَعلِ المتبوعِ تَبَعًا، والتَّبَعِ مَتْبوعًا، وأنّه قَلْبَ الحقيقةَ على ما بَيّنّا في (كتابِ الزّكاةِ) وتخصيصُ العامِّ بدليلٍ عَقْليٍّ جائزٌ.

(ومنها): الحُرِّيّةُ فلا حَجَّ على المملوكِ لما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «**أيما عبدٍ حَجَّ عَشرَ حِجَجٍ فعليه حَجَّةُ الإسلامِ إذا أُعتِقَ**»(١)، ولأنّ اللَّهَ تعالى شَرَطَ الاستِطاعةَ لوُجوبِ الحجِّ بقولِه تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران:٩٧]، ولا استِطاعةَ بدونِ مِلْكِ الزّادِ، والرّاحِلةِ لما نذكرُ إنْ شاء اللَّه تعالى، ولا مِلْكَ للعبدِ؛ لأنّه مَمْلوكٌ فلا يكونُ مالِكًا بالإذنِ فلم يوجَدْ شرطُ الوُجوبِ، وسَواءٌ أذِنَ له المولى بالحجِّ أو لا؛ لأنّه لا يَصيرُ مالِكًا إلاّ بالإذنِ فلم يجبِ الحجُّ عليه فيكونُ ما حَجَّ في حالِ الرِّقِّ تَطَوُّعًا.

ولأنّ ما رَوَيْنا من الحديثِ لا يَفْصِلُ بين الإذنِ، وعَدَمِ الإذنِ، فلا يَقَعُ حَجُّه عن حَجَّةِ الإسلامِ بحالٍ بخلافِ الفقيرِ لأنّه لا يجبُ الحجُّ عليه في الابتِداءِ ثمّ إذا حَجَّ بالسّؤالِ من النّاسِ يجوزُ ذلك عن حَجّةِ الإسلامِ حتّى لو أيسَرَ لا يلزَمُه حَجّةٌ أُخرى؛ لأنّ الاستِطاعةَ بمِلْكِ الزّادِ، والرّاحِلةِ، ومَنافِعِ البدنِ شرطُ الوُجوبِ؛ لأنّ الحجَّ يُقامُ بالمالِ، والبدنِ جميعًا، والعبدُ لا يملِكُ شيئًا من ذلك فلم يجبْ عليه ابتِداءً، وانتِهاءً، والفقيرُ يملِكُ مَنافِعَ نفسِه إذْ لا مِلْكَ لأحدٍ فيها إلاّ أنّه ليس له مِلْكُ الزّادِ، والرّاحِلةِ وإنّه شرطُ ابتِداءِ الوُجوبِ، فامتَنَعَ الوُجوبُ في الابتِداءِ فإذا بَلَغَ مكّةَ، وهو يملِكُ مَنافِعَ بَدَنِه فقد قَدَرَ على الحجِّ بالمشيِ وقَليلِ زادٍ فوَجَبَ عليه الحجُّ، فإذا أدّى وقَعَ عن حَجّةِ الإسلامِ، فأمّا العبدُ فمَنافِعُ بَدَنِه مِلْكُ مولاه ابتِداءً، وانتِهاءً ما دامَ عبدًا فلا يكونُ قادِرًا على الحجِّ ابتِداءً،

(١) انظر الحديث السابق.

وانتِهاءً فلم يجبْ عليه.

(ولِهذا قلنا): إنّ الفقيرَ إذا حضر القِتالَ يُضْرَبُ له بسَهْمٍ كامِلٍ كسائرِ مَنْ فُرِضَ عليه القِتالُ، وإنْ كان لا يجبُ عليه الجِهادُ ابتِداءً، والعبدُ إذا شهِدَ الوقعةَ لا يُضْرَبُ له بسَهْمِ الحُرِّ بل يُرْضَخُ له، وما افترَقا إلاَّ لما ذكرنا، وهذا بخلافِ العبدِ إذا شهِدَ الجُمُعةَ، وصلّى أنّه يَقَعُ فرضًا، وإنْ كان لا تجبُ عليه الجُمُعةُ في الابتِداءِ؛ لأنّ مَنافِعَ العبدِ مَمْلوكةٌ للمولى.

والعبدُ محجورٌ عن التّصَرُّفِ في مِلْكِ مولاه نَظَرًا للمولى إلاَّ قدرَ ما استُثْنِيَ عن مِلْكِه من الصّلواتِ الخمسِ، فإنّه مُبْقًى فيها على أصلِ الحُرِّيّةِ لحِكْمةِ اللَّه تعالى في ذلك، وليس في ذلك كبيرُ ضَرَرٍ بالمولى؛ لأنّها تَتَأدّى بمَنافِعِ البدنِ في ساعاتٍ قَليلةٍ، فيكونُ فيه نَفْعُ العبدِ من غيرِ ضَرَرٍ بالمولى، فإذا حضر الجُمُعةَ، وفاتَتِ المنافِعُ بسببِ السّعيِ فيُعَدُّ ذلك الظّهرُ، والجُمُعةُ سَواءٌ، فنَظَرُ المالِكِ في جوازِ الجُمُعةِ إذْ لو لم يَجز له ذلك يجبُ عليه أداءُ الظّهرِ ثانيًا فيزيدُ الضّرَرُ في حَقِّ المولى بخلافِ الحجِّ، والجِهادِ فإنّهما لا يُؤَدَّيانِ إلاَّ بالمالِ، والنّفسِ في مُدَّةٍ طَويلةٍ، وفيه ضَرَرٌ بالمولى بفَواتِ مالِه، وتَعطيلِ كثيرٍ من مَنافِعِ العبدِ فلم يُجْعَلْ مُبْقًى على أصلِ الحُرِّيّةِ في حَقِّ هاتَيْنِ العِبادَتَيْنِ.

ولو قلنا بالجوازِ عن الفرضِ إذا وُجِدَ من العبدِ يتبادَرُ العبيدُ إلى الأداءِ لكونِ الحجِّ عِبادةً مرغوبةً. وكذا الجِهادُ فيُؤَدِّي إلى الإضرارِ بالمولى، فالشّرعُ حَجَرَ عليهم، وسَدَّ هذا البابَ نَظَرًا بالمولى حتّى لا يجبَ إلاَّ بمِلْكِ الزّادِ، والرّاحِلةِ، ومِلْكِ مَنافِعِ البدنِ.

ولو أحرم الصّبيُّ ثمّ بَلَغَ قبلَ الوُقوفِ بعَرَفةَ فإنْ مَضَى على إحرامِه، يكونُ حَجُّه تَطَوُّعًا عندَنا[1].

وعندَ الشّافعيِّ: يكونُ عن حَجّةِ الإسلام إذا وقَفَ بعَرَفةَ وهو بالِغٌ[2]، وهذا بناءً على أنّ مَنْ عليه حَجّةُ الإسلامِ إذا نَوَى النّفلَ يَقَعُ عن النّفلِ عندَنا، وعندَه يَقَعُ عن الفرضِ، والمسألةُ تَأتي في موضِعِها إنْ شاء اللَّه تعالى، ولو جَدَّدَ الإحرامَ بأنْ لَبّى أو[3] نَوَى حَجّةَ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٥٢٣)، المبسوط (٤/ ١٧٣، ١٧٤).

(٢) مذهب الشافعية: أنه إن عتق أو بلغ قبل الوقوف أو في حالة الوقوف أجزأه الحج عن حجة الإسلام وإن دفعا من عرفة، انظر: الأم (٢/ ١٣٠)، مختصر المزني ص (٧٠).

(٣) في المخطوط: «و».

الإسلامِ، ووَقَفَ بعَرَفَةَ وطافَ طَوافَ الزِّيارةِ يكونُ عن حَجَّةِ الإسلامِ بلا خلافٍ. وكذا المجنونُ إذا أفاقَ، والكافرُ إذا أسلَمَ قبلَ الوُقوفِ بعَرَفَةَ فجَدَّدَ الإحرامَ.

ولو أحرم العبدُ ثمّ عَتقَ فأحرم بحَجَّةِ الإسلامِ بعدَ العِتْقِ لا يكونُ ذلك عن حَجَّةِ الإسلامِ بخلافِ الصّبيِّ، والمجنونِ، والكافرِ، والفرقُ أنّ إحرامَ الكافرِ، والمجنونِ لم يَنْعَقِدْ أصلاً لعَدَمِ الأهليّةِ، وإحرامُ الصّبيِّ العاقِلِ وقَعَ صحيحًا، لكنّه غيرُ لازِمٍ لكونِه غيرَ مُخاطَبٍ فكان مُحْتَمِلاً للانتِقاضِ فإذا جَدَّدَ الإحرامَ بحَجَّةِ الإسلامِ انتقضَ فأمّا إحرامُ العبدِ، فإنّه وقَعَ لازِمًا لكونِه أهلاً للخطابِ فانعقد إحرامُه تَطَوُّعًا فلا يَصِحُّ إحرامُه الثّاني إلاّ بفَسخِ الأوّلِ، وإنّه لا يحتَمِلُ الانفِساخَ.

(ومنها): صِحّةُ البدنِ فلا حَجَّ على المريضِ والزّمِنِ، والمُقْعَدِ، والمفلوجِ[1]، والشّيخِ الكبيرِ الذي لا يَثْبُتُ على الرّاحِلةِ بنفسِه، والمحبوسِ، والممنوعِ من قِبَلِ السّلْطانِ الجائرِ عن الخروجِ [١/ ٢٢١ب] إلى الحجِّ؛ لأنّ اللّهَ تعالى شَرَطَ الاستِطاعةَ لوُجوبِ الحجِّ، والمُرادُ منها استِطاعةُ التّكليفِ، وهي سَلامةُ الأسبابِ، والآلاتِ، ومن جُمْلةِ الأسبابِ سَلامةُ البدنِ عن الآفاتِ المانِعةِ عن[2] القيامِ بما لا بُدَّ منه في سَفَرِ الحجِّ؛ لأنّ الحجَّ عِبادةٌ بَدَنيّةٌ، فلا بُدَّ من سَلامةِ البدنِ، ولا سَلامةَ مع المانِعِ.

وعن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنه في قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران:٩٧] أنّ السّبيلَ أنْ يَصِحَّ بَدَنُ العبدِ، ويكونَ له ثَمَنُ زادٍ، وراحِلةٍ من غيرِ أنْ يُحْجَبَ، ولأنّ القُرَبَ والعِباداتِ، وجبتْ بحَقِّ الشُّكْرِ لما أنْعَمَ اللّه على المُكَلَّفِ فإذا مُنِعَ السّبَبُ الذي هو النِّعمةُ، وهو سَلامةُ البدنِ أو المالِ كيف يُكَلَّفُ بالشُّكْرِ، ولا نِعمةَ.

وأمّا الأعمَى فقد ذُكِرَ في الأصلِ عن أبي حنيفةَ: أنّه لا حَجَّ عليه بنفسِه، وإنْ وجَدَ زادًا، وراحِلةً، وقائدًا، وإنّما يجبُ في مالِه إذا كان له مالٌ، ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ في الأعمَى، والمُقْعَدِ والزّمِنِ أنّ عليهم الحجَّ بأنفسِهم، وقال أبو يوسفَ، ومحمّدٌ: يجبُ على الأعمَى الحجُّ بنفسِه إذا وجَدَ زادًا، وراحِلةً، ومَنْ يَكْفيه مُؤْنةَ سَفَرِه في

---

(١) الفالِجُ: شلل يصيب أحد شِقَّي الجسم طولا، وفُلِجَ الرجل: أصابه داء الفالج فهو مفلوج، انظر لسان العرب (٢/ ٣٤٦)، المعجم الوجيز ص (٤٧٩).

(٢) في المخطوط: «من».

خِدْمَتِه، ولا يجبُ على الزّمِنِ، والمُقْعَدِ، والمقطوعِ.

(وجه قولِهما): ما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ سُئِلَ عن الاستِطاعةِ، فقال: «هي الزّادُ والرّاحِلةُ»[1] فسَّرَ ﷺ الاستِطاعةَ بالزّادِ، والرّاحِلةِ، وللأعمَى هذه الاستِطاعةُ فيجبُ عليه الحجُّ، ولأنّ الأعمَى يجبُ عليه الحجُّ بنفسِه إلاَّ أنّه لا يَهْتَدي إلى الطّريقِ بنفسِه، ويَهْتَدي بالقائدِ فيجبُ عليه بخلافِ الزّمِنِ والمُقْعَدِ ومقطوعِ اليدِ والرِّجْلِ؛ لأنّ هَؤُلاءِ لا يقدِرونَ على الأداءِ بأنفسِهم.

(وجه روايةِ الحسَنِ في الزّمِنِ والمُقْعَدِ): أنّهما يقدِرانِ بغيرِهما إنْ كانا لا يقدِرانِ بأنفسِهما، والقُدْرةُ بالغيرِ كافيةٌ لوُجوبِ الحجِّ كالقُدْرةِ بالزّادِ والرّاحِلةِ. وكذا فسَّرَ النّبيُّ ﷺ الاستِطاعةَ بالزّادِ والرّاحِلةِ، وقد وُجِدا.

(وجه روايةِ الأصلِ لأبي حنيفةَ): أنّ الأعمَى لا يقدِرُ على أداءِ الحجِّ بنفسِه؛ لأنّه لا يَهْتَدي إلى الطّريقِ بنفسِه، ولا يقدِرُ على ما لا بُدَّ منه في الطّريقِ بنفسِه من الرّكوبِ، والنُّزولِ، وغيرِ ذلك. وكذا الزّمِنُ، والمُقْعَدُ فلم يكونا قادِرَيْنِ على الأداءِ بأنفسِهم بل بقُدْرةِ غيرِ مختارٍ، والقادِرُ بقُدْرةِ غيرِ مختارٍ لا يكونُ قادِرًا على الإطلاقِ؛ لأنّ فعلَ المختارِ يتعَلّقُ باختيارِه، فلم تَثْبُتِ الاستِطاعةُ على الإطلاقِ، ولِهذا لم يجبِ الحجُّ على الشّيخِ الكبيرِ الذي لا يستَمْسِكُ على الرّاحِلةِ، وإنْ كان ثَمَّةَ غيرُه يُمْسِكُه لما قلنا كذا هذا[2].

---

(١) أخرجه الترمذي في كتاب: تفسير القرآن، باب: ومن سورة آل عمران، حديث (٢٩٩٨)، وابن ماجه (٢٨٩٦)، والبيهقي في السنن (٤/ ٣٢٧)، (٨٤٠٦)، والدارقطني (٢/ ٢١٧)، (١٠)، من حديث ابن عمر، والحاكم في المستدرك (١/ ٦٠٩)، (١٦١٣)، والدارقطني (٢/ ٢١٨)، (١٥)، من حديث أنس، والبيهقي في السنن (٤/ ٣٣٠)، (٨٤٢٣)، من حديث عائشة، والبيهقي في السنن (٤/ ٣٣١)، (٨٤٢٥)، والدارقطني (٢/ ٢١٨)، (١٤)، من حديث ابن عباس، وفيه «أن رسول الله ﷺ سُئل عن قوله تعالى: ﴿مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران:٩٧]، فقيل ما السبيل؟، قال: «الزاد والراحلة»، وذكره ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٢/ ٢٢١)، (٩٥٤)، وقال: حديث أنس رواه الدارقطني والحاكم والبيهقي، وقال البيهقي: الصواب عن الحسن مرسلاً يعني الذي خرجه الدارقطني وسنده صحيح إلى الحسن ولا أرى الموصول إلا وهمًا، وفي رواية الحاكم أبو قتادة عبد الله بن واقد الحراني، قال أبو حاتم: هو منكر الحديث، ورواه الشافعي والترمذي وابن ماجه والدارقطني من حديث ابن عمر وهو من رواية إبراهيم بن يزيد الخوزي وقد قال فيه أحمد والنسائي: متروك، ورواه ابن ماجه والدارقطني من حديث ابن عباس وسنده ضعيف، وضعفه الألباني في ضعيف الجامع (٣٣٣٥).

(٢) في المخطوط: «هاهنا».

وإنّما فسَّرَ النّبيُّ ﷺ الاستِطاعةَ بالزّادِ، والرّاحِلةِ لكونِهما من الأسبابِ الموَصِّلةِ إلى الحجِّ لا لاقتصارِ الاستِطاعةِ عليهِما. ألا ترى: أنّه إذا كان بينه وبين مكّةَ بَحْرٌ حاجزٌ [١] لا سَفينةَ ثَمَّةَ، أو عَدوٌّ حائلٌ يَحولُ بينه وبين الوُصُولِ إلى البيتِ لا يجبُ عليه الحجُّ مع وُجودِ الزّادِ والرّاحِلةِ فثبت أنّ تخصيصَ الزّادِ، والرّاحِلةِ ليس لاقتصارِ الشّرطِ عليهِما بل للتَّنْبيه على أسبابِ الإمكانِ، فكُلُّ ما كان من أسبابِ الإمكانِ يدخلُ تحت تفسيرِ الاستِطاعةِ معنًى، ولأنّ في إيجاب الحجِّ على [الأعمَى و] [٢] الزّمِنِ، والمُقْعَدِ، والمفلوجِ، والمريضِ، والشّيخِ الكبيرِ الذي لا يَثْبُتُ على الرّاحِلةِ بأنفسِهم حَرَجًا بَيِّنًا، ومَشَقَّةً شَديدةً. وقد قال اللّه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍۚ﴾ [الحج:٧٨].

(ومنها): مِلْكُ الزّادِ، والرّاحِلةِ في حَقِّ النّائي عن مكّةَ، والكلامُ فيه في موضِعَيْنِ: أحدُهما في بيانِ أنّه من شَرائطِ الوُجوبِ، والثّاني في تفسيرِ الزّادِ، والرّاحِلةِ.

(أمّا الأوّلُ): فقد قال عامّةُ العُلَماءِ: إنّه شرطٌ فلا يجبُ الحجُّ بإباحةِ الزّادِ والرّاحِلةِ سَواءٌ كانتِ الإباحةُ مِمَّنْ له مِنّةٌ على المُباحِ له، أو كانتْ مِمَّنْ لا مِنّةَ له عليه كالأبِ[٣]، وقال الشّافعيُّ يجبُ الحجُّ بإباحةِ الزّادِ والرّاحِلةِ إذا كانتِ الإباحةُ مِمَّنْ لا مِنّةَ له على المُباحِ له، كالوالِدِ بَذَلَ الزّادَ، والرّاحِلةَ لابنِه[٤]، وله في الأجنَبيِّ قولانِ، ولو وهَبَه إنسانٌ مالاً يَحُجُّ به لا يجبُ على الموهوبِ له القبولُ عندَنا[٥]، ولِلشّافعيِّ فيه قولانِ، وقال مالِكٌ: الرّاحِلةُ ليستْ بشرطٍ لوُجوبِ الحجِّ أصلاً لا مِلْكًا ولا إباحةً، ومِلْكُ الزّادِ شرطٌ حتّى لو كان صحيحَ البدنِ، وهو يقدِرُ على المشيِ يجبُ عليه الحجُّ، وإنْ لم يكنْ له راحِلةٌ.

أمّا الكلامُ مع مالِكٍ فهو احتجَّ بظاهرِ قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلاًۚ﴾ [آل عمران:٩٧]، ومَنْ كان صحيحَ البدنِ قادِرًا على المشيِ، وله زادٌ، فقد

---

(١) في المطبوع: «زاخر».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) انظر في مذهب الحنفية: الجوهرة النيرة (١/ ١٤٩)، فتح القدير (٢/ ٤١٠)، البحر الرائق (٢/ ٣٣٧)، مجمع الأنهر (١/ ٢٦١)، رد المحتار (٢/ ٤٥٩).
(٤) في بيان مذهب الشافعية يقول النووي: «إذا بذل الولد المال فلا يلزم قبوله على الأصح لعظم المنة فيه، وبذل الأب المال كبذل الابن أو كبذل الأجنبي؟ فيه احتمالان، ذكرهما الإمام، أصحهما الأول» انظر روضة الطالبين (٣/ ١٦)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١١٥).
(٥) انظر في مذهب الحنفية: فتح القدير (٢/ ٤١٠)، والبحر الرائق (٢/ ٣٣٤) رد المحتار (٢/ ٤٦١).

استَطاعَ إليه سبيلاً فيلزَمُه فرضُ الحجِّ .

(ولَنا): أنّ رسولَ اللَّه ﷺ فسَّرَ الاستِطاعةَ : بالزّادِ ، والرّاحِلةِ جميعًا فلا تَثْبُتُ الاستِطاعةُ بأحدِهِما ، وبه تَبَيّنَ [١/ ٢٢٢أ] أنّ القُدْرةَ على المشيِ لا تكفي لاستِطاعةِ الحجِّ ثمّ شرطُ الرّاحِلةِ إنّما يُراعَى لوُجوبِ الحجِّ في حَقِّ مَنْ نَأى عن مكّةَ فأمَّا أهلُ مكّةَ ، ومَنْ حولَهم فإنّ الحجَّ يجبُ على القويِّ منهم القادِرِ على المشيِ من غيرِ راحِلةٍ ؛ لأنّه لا حَرَجَ يلحَقُه في المشيِ إلى الحجِّ كما لا يلحَقُه الحرَجُ في المشيِ إلى الجُمُعةِ .

وأمَّا الكلامُ مع الشّافعيِّ فوجه قولِه : أنّ الاستِطاعةَ المذكورةَ هي القُدْرةُ من حيث سَلامةُ الأسبابِ ، والآلاتِ ، والقُدْرةُ تَثْبُتُ بالإباحةِ فلا معنى لاشتِراطِ المِلْكِ إذِ المِلْكُ لا يُشْتَرَطُ لعَيْنِه بل للقُدْرةِ على استِعمالِ الزّادِ ، والرّاحِلةِ أكلاً ، ورُكوبًا ، ولِذا [1] ثبتتْ بالإباحةِ ، ولِهذا استوى المِلْكُ ، والإباحةُ في (بابِ الطّهارةِ) في المنْعِ من جوازِ التّيَمُّمِ كذا ههنا .

(ولَنا): أنّ استِطاعةَ الأسبابِ ، والآلاتِ لا تَثْبُتُ بالإباحةِ ؛ لأنّ الإباحةَ لا تكونُ لازِمةً . ألا ترى : أنّ للمُبيحِ أنْ يمنَعَ المُباحَ له عن التّصَرُّفِ في المُباحِ ، ومع قيامِ ولايةِ المنْعِ لا تَثْبُتُ القُدْرةُ المُطْلَقَةُ فلا يكونُ مُستَطيعًا على الإطلاقِ فلم يوجَدْ شرطُ الوُجوبِ فلا يجبُ بخلافِ مسألةِ الطّهارةِ ؛ لأنّ شرطَ جوازِ التّيَمُّمِ عَدَمُ الماءِ بقولِه تعالى : ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَآءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء:٤٣] ، والعدَمُ لا يَثْبُتُ مع البذْلِ ، والإباحةِ .

وأمَّا تفسيرُ الزّادِ ، والرّاحِلةِ فهو أنْ يملك من المالِ مقدارَ ما يُبَلِّغُه إلى مكّةَ ذاهِبًا ، وجائيًا راكِبًا لا ماشيًا بنَفَقةٍ وسَطٍ لا إسرافَ فيها ، ولا تقتيرَ فاضِلاً عن مسكَنِه ، وخادِمِه ، وفرسِه ، وسِلاحِه ، وثيابه ، وأثاثِه ، ونَفَقةِ عيالِه ، وخَدَمِه ، وكُسوَتِهم ، وقضاءِ دُيونِه .

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه قال : ونَفَقةُ شهرٍ بعدَ انصِرافِه أيضًا ، ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ أنّه فسَّرَ الرّاحِلةَ فقال : إذا كان عندَه ما يَفْضُلُ عَمَّا ذكرنا ما يَكْتَري به شِقَّ محمَلٍ ، أو زامِلةً ، أو رأسَ راحِلةٍ ، ويُنْفِقُ ذاهِبًا ، وجائيًا ، فعليه الحجُّ ، وإنْ لم يَكْفِه ذلك إلاّ أنْ يمشيَ أو يَكْتَرِيَ عُقْبةً ، فليس عليه الحجُّ ماشيًا ، ولا راكِبًا عُقْبةً ، وإنّما اعتبَرْنا الفضْلَ على ما ذكرنا من الحوائجِ ؛ لأنّها من الحوائجِ اللاّزِمةِ التي لا بُدَّ منها فكان المُستَحَقُّ بها مُلْحَقًا بالعدَمِ .

---

(١) في المخطوط : «وذا» .

وما ذكره بعضُ أصحابِنا في تقديرِ نَفَقةِ العيالِ سَنةً، والبعضُ شهرًا، فليس بتقديرٍ لازمٍ بل هو على حَسَبِ اختِلافِ المسافةِ في القربِ، والبُعدِ؛ لأنّ قدرَ النّفَقةِ يختلفُ باختِلافِ المسافةِ فيُعتَبَرُ في ذلك قدرُ ما يَذْهَبُ، ويَعودُ إلى منزِلِه، وإنّما لا يجبُ عليه الحجُّ إذا لم يَكْفِ مالُه إلاَّ للعُقْبةِ؛ لأنّ المفروضَ هو الحجُّ راكِبًا لا ماشيًا، والرّاكِبُ عُقْبةً لا يَرْكَبُ في كُلِّ الطّريقِ بل يَرْكَبُ في البعضِ، ويمشي في البعضِ.

وذكر ابنُ شُجاعٍ أنّه إذا كانتْ له دارٌ لا يسكُنُها، ولا يُؤَاجِرُها، ومَتاعٌ لا يمتَهِنُه، وعبدٌ لا يستخدِمُه، وجب عليه أنْ يَبيعَه، ويَحُجَّ به، وحُرِّمَ عليه أخذُ الزّكاةِ إذا بَلَغَ نِصابًا؛ لأنّه إذا كان كذلك كان فاضِلاً عن حاجَتِه كسائرِ الأموالِ، وكان مُستَطيعًا فيلزَمُه فرضُ الحجِّ فإنْ أمكَنَه بَيْعُ منزِلِه، وأنْ يَشْتَرِيَ بثَمَنِه منزِلاً دونَه، ويَحُجَّ بالفضْلِ فهو أفضلُ لكنْ لا يجبُ عليه؛ لأنّه مُحْتاجٌ إلى سُكْناه فلا يُعتَبَرُ في الحاجةِ قدرُ ما لا بُدَّ منه كما لا يجبُ عليه بَيْعُ المنْزِلِ، والاقتصارُ على السّكْنَى.

وذكر الكَرْخيُّ أنّ أبا يوسفَ قال إذا لم يكنْ له مسكَنٌ، ولا خادِمٌ، ولا قوتُ عيالِه، وعندَه دَراهِمُ تُبَلِّغُه إلى الحجِّ لا ينبغي أنْ يجعلَ ذلك في غيرِ الحجِّ فإنْ فعل أثِمَ؛ لأنّه مُستَطيعٌ لمِلْكِ الدّراهِمِ فلا يُعذَرُ في التّرْكِ، ولا يتضرَّرُ بتركِ شِراءِ المسكَنِ، والخادِمِ بخلافِ بَيْعِ المسكَنِ، والخادِمِ، فإنّه يتضرَّرُ ببَيْعِهِما.

وقولُه: «ولا قوتُ عيالِه» مُؤَوّلٌ وتَأْوِيلُه: ولا قوتُ عيالِه ما يزيدُ على مقدارِ الذَّهابِ، والرّجوعِ. فأمَّا المقدارُ المُحْتاجُ إليه من وقتِ الذَّهابِ إلى وقتِ الرّجوعِ فذلك مُقدَّمٌ على الحجِّ لما بيّنّا.

(ومنها): أمنُ الطّريقِ، وإنّه من شَرائطِ الوُجوبِ عندَ بعضِ أصحابِنا بمنزِلةِ الزّادِ، والرّاحِلةِ، وهكذا رَوَى ابنُ شُجاعٍ عن أبي حنيفةَ وقال بعضُهم: إنّه من شَرائطِ الأداءِ لا من شَرائطِ الوُجوبِ، وفائدةُ هذا الاختِلافِ تَظْهَرُ في وُجوبِ الوَصيّةِ إذا خافَ الفوتَ فمَنْ قال إنّه من شَرائطِ الأداءِ يقولُ إنّه تجبُ الوَصيّةُ إذا خافَ الفوتَ، ومَنْ قال إنّه شرطُ الوُجوبِ يقولُ: لا تجبُ الوَصيّةُ؛ لأنّ الحجَّ لم يجبْ عليه، ولم يَصِرْ دَيْنًا في ذِمَّتِه فلا تَلْزَمُه الوَصيّةُ، وجه قولِ مَنْ قال: إنّه شرطُ الأداءِ لا شرطُ الوُجوبِ ما رَوَيْنا أنّ رسولَ اللَّه ﷺ فسَّرَ الاستِطاعةَ بالزّادِ، والرّاحِلةِ، ولم يذكرْ أمنَ الطّريقِ.

وجه قولِ مَنْ قال: إنّه شرطُ الوُجوبِ، وهو الصّحيحُ: أنّ اللّهَ تعالى شَرَطَ الاستِطاعةَ، ولا استِطاعةَ بدونِ أمنِ الطّريقِ كما لا [١/ ٢٢٢ب] استِطاعةَ بدونِ الزّادِ، والرّاحِلةِ إلاّ أنّ النّبيّ ﷺ بَيّنَ الاستِطاعةَ بالزّادِ، والرّاحِلةِ بيانَ كفايةٍ ليُستَدَلّ بالمنْصُوصِ عليه على غيرِه لاستِوائهِما في المعنى، وهو إمكانُ الوُصُولِ إلى البيتِ.

ألا ترى أنّه كما لم يذكرْ أمنَ الطّريقِ لم يذكرْ صِحّةَ الجوارِحِ، وزَوالَ سائرِ الموانِعِ الحِسِّيّةِ، وذلك شرطُ الوُجوبِ على أنّ الممنوعَ عن الوُصُولِ إلى البيتِ لا زادَ له، ولا راحِلةَ معه فكان شرطُ الزّادِ، والرّاحِلةِ شرطًا لأمنِ الطّريقِ ضرورةً.

وأمّا الذي يَخُصُّ النِّساءَ فشرطانِ: أحدُهما أنْ يكونَ معها زَوْجُها أو محرَمٌ لها فإنْ لم يوجَدْ أحدُهما لا يجبُ عليها الحجُّ. وهذا عندَنا، وعندَ الشّافعيِّ هذا ليس بشرطٍ، ويلزَمُها الحجُّ، والخروجُ من غيرِ زَوْجٍ، ولا محرَمٍ إذا كان معها نِساءٌ في الرِّفْقةِ ثِقاتٌ، واحتَجَّ بظاهرِ قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران: ٩٧]. وخطابُ النّاسِ يتناوَلُ الذُّكورَ والإناثَ بلا خلافٍ فإذا كان لها زادٌ، وراحِلةٌ كانتْ مُستَطيعةً، وإذا كان معها نِساءٌ ثِقاتٌ يُؤْمَنُ الفسادُ عليها، فيلزَمُها فرضُ الحجِّ.

(ولَنا): ما رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: **«ألا لا تَحُجَّنَّ امرأةٌ إلاّ ومعها محرَمٌ»**[١]، وعن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: **«لا تُسافرُ امرأةٌ ثلاثةَ أيامٍ إلاّ ومعها محرَمٌ أو زَوْجٌ»**[٢] ولأنّها إذا لم يكنْ معها زَوْجٌ، ولا محرَمٌ لا يُؤْمَنُ عليها إذِ النِّساءُ لَحمٌ على وضَمٍ[٣] إلاّ ما ذُبَّ عنه، ولِهذا لا يجوزُ لها الخروجُ وحْدَها. والخوفُ عندَ اجتِماعِهِنّ أكثرُ، ولِهذا حُرِّمَتِ الخلْوةُ بالأجنبيّةِ، وإنْ كان معها امرأةٌ أُخرى.

والآيةُ لا تَتَناوَلُ النِّساءَ حالَ عَدَمِ الزّوْجِ، والمحرَمِ معها؛ لأنّ المرأةَ لا تقدِرُ على الرّكوبِ، والنُّزولِ بنفسِها فتحتاجُ إلى مَنْ يُرْكِبُها، ويُنْزِلُها، ولا يجوزُ ذلك لغيرِ الزّوْجِ،

---

(١) أخرجه الدارقطني (٢/ ٢٢٢)، (٣٠)، وذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ١٠)، وقال: روي من حديث ابن عباس وأبي أمامة أحاديث مختلفة، قلت: وقد صححه الألباني في السلسلة الصحيحة (٣٠٦٥).
(٢) أخرجه مسلم في كتاب: الحج، باب: سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره، حديث (٨٢٧)، وابن حبان (٦/ ٤٣٣)، (٢٧١٩)، من حديث أبي سعيد الخدري، والطبراني في الكبير (١٢/ ١٢١)، (١٢٦٥٢)، من حديث ابن عباس، وابن حبان (٦/ ٤٤٠)، (٢٧٣٠)، من حديث ابن عمر.
(٣) الوَضَمُ: ما يضع عليه الجَزّار اللحم من خشب ونحوه، المعجم الوجيز ص (٦٧٣).

والمحرَمِ فلم تكُنْ مُستَطيعةً في هذه الحالةِ فلا يتناوَلُها النّصُّ فإنِ امتَنَعَ الزّوْجُ أو المحرَمُ عن الخروجِ (لا يُجبَرانِ) [(١)] على الخروجِ، ولو امتَنَعَ من الخروجِ (لإرادةِ زادٍ، وراحِلةٍ) [(٢)] هل يلزَمُها ذلك؟ ذكر القُدوريُّ في شرحِه مختصَرَ الكَرْخيِّ أنّه يلزَمُها ذلك، ويجبُ عليها الحجُّ بنفسِها، وذكر القاضي في شرحِه مختصَرَ الطّحاوِيِّ أنّه لا يلزَمُها ذلك، ولا يجبُ الحجُّ عليها.

(وجه ما ذكره القُدوريُّ): أنّ المحرم أو الزّوْجَ من ضروراتِ حَجِّها بمنزِلةِ الزّادِ، والرّاحِلةِ إذْ لا يُمْكِنُها الحجُّ بدونِه كما لا يُمْكِنُها الحجُّ بدونِ الزّادِ، والرّاحِلةِ، ولا يُمْكِنُ إلزامُ ذلك الزّوْجِ أو المحرَمِ من مالِ نفسِه فيلزَمُها ذلك له كما يلزَمُها الزّادُ، والرّاحِلةُ لنفسِها.

(وجه ما ذكره القاضي): أنّ هذا من شَرائطِ وُجوبِ الحجِّ عليها، ولا يجبُ على الإنسانِ تحصيلُ شرطِ الوُجوبِ بل إنْ وُجِدَ الشّرطُ وجب، وإلاَّ فلا. ألا ترى: أنّ الفقيرَ لا يلزَمُه تحصيلُ الزّادِ، والرّاحِلةِ فيجبُ عليه الحجُّ، ولِهذا قالوا في المرأةِ التي لا زَوْجَ لها، ولا محرم: إنّه لا يجبُ عليها أنْ تتزَوّجَ بمَنْ يَحُجُّ بها كذا هذا، ولو كان معها محرَمٌ فلَها أنْ تخرُجَ مع المحرَمِ في الحجّةِ الفريضةِ من غيرِ إذنِ زَوْجِها عندَنا[(٣)].

وعندَ الشّافعيِّ: ليس لها أنْ تخرُجَ بغيرِ إذنِ زَوْجِها[(٤)].

(وجه قولِه): أنّ في الخروجِ تفويتَ حَقِّه المُستَحَقِّ عليها وهو: الاستمتاعُ بها فلا تَمْلِكُ ذلك من غيرِ رِضاه.

(ولَنا): أنّها إذا وجَدَتْ محرَمًا فقد استَطاعَتْ إلى حَجِّ البيتِ سبيلاً؛ لأنّها قَدَرَتْ على

---

(١) في المخطوط: «لا يجبر». (٢) في المخطوط: «إلا بزادها وراحلتها».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٥١٤)، المبسوط (٤/ ١١١، ١١٢، ١٦٣)، تحفة الفقهاء (١/ ٣٨٨)، البناية (٤/ ١٧ - ٢٢، ٢٤)، الاختيار (١/ ١٤٠، ١٤١)، مجمع الأنهر (١/ ٢٦٣)، فتح القدير مع الهداية (٢/ ٤١٩ - ٤٢٢).

(٤) مذهب الشافعية: قال في المجموع: الصحيح في عامة المذهب: له أن يمنعها وهو المشهور، وقال الشافعي: يجب عليها الحج بما يجب على الرجل إلا أنه لا يجوز لها الخروج إلا مع محرم أو نساء ثقات أو امرأة مأمونة. انظر: الأم (٢/ ١١٧)، حلية العلماء (٣/ ٢٠٠، ٢٠١، ٣١٠، ٣١١)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٨٦، ٨٨) (٨/ ٣٢٣ - ٣٣١، ٣٤٠ - ٣٤٧)، فتح العزيز مع الوجيز (٧/ ٢٢ - ٢٤) (٨/ ٣٥ - ٣٨).

الرّكوبِ، والنُّزولِ وأمِنَتِ المخاوِفَ؛ لأنّ المحرم يَصُونُها.

وأمّا قولُه: «إنّ حَقَّ الزّوْجِ في الاستمتاعِ يَفوتُ بالخروجِ إلى الحجِّ»، فنقول: مَنافِعُها مُستَثْناةٌ عن مِلْكِ الزّوْجِ في الفرائضِ كما في الصّلواتِ الخمسِ، وصومِ رمضانَ، ونحوِ ذلك حتّى لو أرادَتِ الخروجَ إلى حَجّةِ [1] التّطَوُّعِ فلِلزَّوْجِ أنْ يمنَعَها كما في صلاةِ التّطَوُّعِ، وصومِ التّطَوُّعِ.

وسَواءٌ كانتِ المرأةُ شابّةً أو عَجوزًا [2] فإنّها لا تخرُجُ إلاّ بزَوْجٍ أو محرَمٍ؛ لأنّ ما رَوَيْنا من الحديثِ لا يَفْصِلُ بين الشّابّةِ، والعجوزِ [3]. وكذا المعنى لا يوجِبُ الفصلَ بينهما لما ذكرنا من حاجةِ المرأةِ إلى مَنْ يُرْكِبُها، ويُنْزِلُها بل حاجةُ العجوزِ [4] إلى ذلك أشَدُّ؛ لأنّها أعجَزُ. وكذا يُخافُ عليها من الرِّجالِ. وكذا لا يُؤْمَنُ عليها من أنْ يَطَّلِعَ عليها الرِّجالُ حالَ رُكوبِها، ونُزولِها فتحتاجُ إلى الزّوْجِ أو إلى المحرَمِ لِيَصُونَها عن ذلك، واللهُ أعلَمُ.

ثمّ صِفةُ المحرَمِ أنْ يكونَ مِمّنْ لا يجوزُ له نِكاحُها على التّأبيدِ إمّا بالقرابةِ، أو الرّضاعِ، أو الصِّهْرِيّةِ؛ لأنّ الحُرْمةَ المُؤَبَّدةَ تُزيلُ التُّهْمةَ في الخلْوةِ، ولِهذا قالوا: إنّ المحرم إذا [5] لم يكنْ مَأمونًا عليه لم يَجز لها أنْ تُسافرَ معه، وسَواءٌ كان المحرَمُ حُرًّا أو عبدًا؛ لأنّ الرِّقّ لا يُنافي المحرَميّةِ، وسَواءٌ كان مسلمًا أو ذِمِّيًّا أو مشرِكًا؛ لأنّ الذِّمِّيّ، والمشرِكَ [١/ ٢٢٣أ] يحفَظانِ مَحارِمَهما إلاّ أنْ يكونَ مَجوسيًّا؛ [لأنّه] [6] يَعتقِدُ إباحةَ نِكاحِها فلا تُسافرُ معه؛ لأنّه لا يُؤْمَنُ عليها كالأجنَبِيِّ.

وقالوا في الصّبيِّ الذي لم يحتَلِم، والمجنونِ الذي لم يُفِق: إنّهما ليسا بمحرمَيْنِ في السّفَرِ؛ لأنّه لا يتأتّى منهما حِفْظُها.

وقالوا في الصّبيّةِ التي لا يُشْتَهَى مثلُها: إنّها تُسافرُ بغيرِ محرَمٍ؛ لأنّه يُؤْمَنُ عليها فإذا بَلَغَتْ حَدَّ الشهوةِ لا تُسافرُ بغيرِ محرَمٍ؛ لأنّها صارتْ بحيث لا يُؤْمَنُ عليها.

ثمّ المحرَمُ أو الزّوْجُ إنّما يُشْتَرَطُ إذا كان بين المرأةِ، وبين مكّةَ ثلاثةُ أيّامٍ فصاعِدًا، فإنْ كان أقَلَّ من ذلك حَجّتْ بغيرِ محرَمٍ؛ لأنّ المحرم يُشْتَرَطُ للسَّفَرِ، وما دونَ ثلاثةِ أيّامٍ ليس

---

(١) في المخطوط: «حج».
(٢) في المخطوط: «عجوزة».
(٣) في المخطوط: «والعجوزة».
(٤) في المخطوط: «العجوزة».
(٥) في المخطوط: «إن».
(٦) ليست في المخطوط.

بسَفَرٍ فلا يُشْتَرَطُ فيه المحرَمُ كما لا يُشْتَرَطُ للخُروجِ من مَحِلةٍ إلى مَحِلةٍ، ثمّ الزّوْجُ أو المحرَمُ شرطُ الوُجوبِ أم شرطُ الجوازِ فقد اختلف أصحابُنا فيه كما اختلفوا في أمنِ الطّريقِ، والصّحيحُ أنّه شرطُ الوُجوبِ لما ذكرنا في أمنِ الطّريقِ، واللهُ أعلَمُ.

(والثاني): أنْ [لا] [(١)] تكونَ مُعتَدَّةً عن طَلاقٍ أو وفاةٍ؛ لأنّ اللَّهَ تعالى نَهَى المُعتَدّاتِ عن الخروج بقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ [الطلاق :١]. ورُوِيَ عن عبدِ اللَّه بنِ عمرَ رضي الله عنه أنّه رَدَّ المُعتَدّاتِ من ذي الحُليفةِ [(٢)]. ورُوِيَ عن عبدِ اللَّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنه أنّه رَدَّهُنّ من [(٣)] الجُحْفةِ [(٤)]. ولأنّ (الحجَّ يُمْكِنُ أداؤُه) [(٥)] في وقتٍ آخَرَ فأمَّا العِدَّةُ فإنّها إنّما يجبُ قضاؤُها في هذا الوقتِ خاصّةً فكان الجمعُ بين الأمرَيْنِ أولى، وإنْ لَزِمَتْها بعدَ الخروجِ إلى السّفَرِ، وهي مُسافرةٌ فإنْ كان الطّلاقُ رَجْعيًّا لا يُفارِقُها زَوْجُها؛ لأنّ الطّلاقَ الرجعيّ لا يُزيلُ الزّوْجيّةَ، والأفضلُ أنْ يُراجِعَها، (وإنْ كانتْ) [(٦)] بائنًا، أو [كانتْ] مُعتَدَّةً عن وفاةٍ، فإنْ كان إلى منزِلِها أقلُّ من مُدّةِ سَفَرٍ، وإلى مكّةَ مُدّةُ سَفَرٍ فإنّها تَعودُ إلى منزِلِها؛ لأنّه ليس فيه إنْشاءُ سَفَرٍ فصار كأنّها في بَلَدِها، وإنْ كان إلى مكّةَ أقَلُّ من مُدّةِ سَفَرٍ، وإلى منزِلِها مُدّةُ [سَفَرٍ مَضَتْ إلى مكّةَ؛ لأنّها لا تحتاجُ إلى المحرَمِ في أقَلِّ من مُدّةِ] [(٧)] السّفَرِ.

وإنْ كان من الجانِبَيْنِ أقَلُّ من مُدّةِ السّفَرِ فهي بالخيارِ إنْ شاءتْ مَضَتْ، وإنْ شاءتْ رجعتْ إلى منزِلِها فإنْ كان من الجانِبَيْنِ مُدّةُ سَفَرٍ فإنْ كانتْ في المِصْرِ، فليس لها أنْ تخرُجَ حتّى تنقضيَ عِدَّتُها في قولِ أبي حنيفةَ، وإنْ وجَدَتْ محرَمًا، وعندَ أبي يوسفَ، ومحمّدٍ لها أنْ تخرُجَ إذا وجَدَتْ محرَمًا، وليس لها أنْ تخرُجَ بلا محرَمٍ بلا خلافٍ، وإنْ كان ذلك في المفازةِ أو في بعضِ القُرى بحيث لا تَأمَنُ على نفسِها ومالِها فلَها أنْ تَمْضيَ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) لم أقف عليه عن ابن عمر، أما عن عمر فقد أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، (٤/ ١٥٤)، ولفظه: «عن سعيد بن المسيب أن عمر رد نسوة حاجات أو معتمرات خرجن».

(٣) زاد في المخطوط: «ذي».

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٤/ ١٥٤)، ولفظه: «عن حماد عن ابن مسعود رد نسوة حاجات أو معتمرات خرجن».

(٥) في المخطوط: «الحجة يمكن أداؤها».

(٦) في المخطوط: «فإن كان».

(٧) ليست في المخطوط.

فتَدْخُلَ موضِعَ الأمنِ ثمّ لا تخرُجُ منه في قولِ أبي حنيفةَ سَواءٌ وجَدَتْ محرَمًا أو لا، وعندَهما: تخرُجُ إذا وجَدَتْ محرَمًا، وهذه من مَسائلِ (كتابِ الطّلاقِ) ونذكرُها بدلائلِها في فُصُولِ العِدَّةِ إنْ شاء اللَّه تعالى.

ثمّ مَنْ لم يجبْ عليه الحجُّ بنفسِه لعُذْرٍ كالمريضِ، ونحوِه، وله مالٌ يلزَمُه أنْ يُحِجَّ رجلاً عنه، ويُجْزِئُه عن حَجَّةِ الإسلام إذا وجَدَ شَرائطَ جوازِ الإحجاجِ على ما نذكرُه، ولو تكَلَّفَ واحِدٌ مِمَّنْ له عُذْرٌ فحَجَّ بنفسِه أجزَأه عن حَجَّةِ الإسلامِ إذا كان عاقِلاً بالِغًا حُرًّا؛ لأنّه من أهلِ الفرضِ إلاَّ أنّه لم يجبْ عليه؛ لأنّه لا يُمْكِنُه الوُصُولُ إلى مكّةَ إلاَّ بحَرَجٍ، فإذا تَحَمَّلَ الحرَجَ، وقَعَ موقِعَه كالفقيرِ إذا حَجَّ، والعبدِ إذا حضر الجُمُعةَ فأدَّاها؛ ولأنّه إذا وصل إلى مكّةَ صار كأهلِ مكّةَ فيلزَمُه الحجُّ بخلافِ العبدِ، والصّبيِّ، والمجنونِ فإنّ العبدَ، والصّبيّ ليسا من أهلِ فرضِ الحجِّ، والمجنونُ ليس من أهلِ العِبادةِ أصلاً، واللهُ أعلَمُ.

ثمّ ما ذكرنا من الشّرائطِ لوُجوبِ الحجِّ من الزّادِ، والرّاحِلةِ، وغيرِ ذلك يُعتَبَرُ، وُجودُها، وقتَ خُروجِ أهلِ بَلَدِه حتّى لو مَلَكَ الزّادَ، والرّاحِلةَ في أوّلِ السّنةِ قبلَ أشهُرِ الحجِّ، وقبلَ أنْ يخرجَ أهلُ بَلَدِه إلى مكّةَ فهو في سَعةٍ من صَرْفِ ذلك إلى حيث أحَبَّ؛ لأنّه لا يلزَمُه التّأهُّبُ للحَجِّ [قبلَ خُروجِ أهلِ بَلَدِه؛ لأنّه لم يجبْ عليه الحجُّ قبلَه، ومَنْ لا حَجَّ عليه لا يلزَمُه التّأهُّبُ للحَجِّ] فكان بسبيلٍ من التّصرُّفِ في مالِه كيف شاء.

وإذا صَرف مالَه ثمّ خرج أهلُ بَلَدِه لا يجبُ عليه الحجُّ فأمّا إذا جاء وقتُ الخروجِ، والمالُ في يَدِه فليس له أنْ يصرِفَه إلى غيرِه على قولِ مَنْ يقولُ بالوُجوبِ على الفورِ؛ لأنّه إذا جاء وقتُ خُروجِ أهلِ بَلَدِه فقد وجب عليه الحجُّ لوُجودِ الاستِطاعةِ فيلزَمُه التّأهُّبُ للحَجِّ، فلا يجوزُ له صَرْفُه إلى غيرِه كالمُسافرِ إذا كان معه ماءٌ للطّهارةِ. وقد قَرُبَ الوقتُ لا يجوزُ له استِهْلاكُه في غيرِ الطّهارةِ، فإنْ صَرفه إلى غيرِ الحجِّ أثِمَ، وعليه الحجُّ، واللّه تعالى أعلَمُ.

فصل [في ركن الحج]

وأمّا رُكْنُ الحجِّ فشيئَانِ:

(احدُهما): الوُقوفُ بعَرَفةَ وهو الرّكْنُ الأصليُّ للحَجِّ.

(والثّاني): طَوافُ الزِّيارةِ.

(أمَّا الوُقوفُ بعَرَفةَ: فالكلامُ) (١) فيه يَقَعُ في مواضعَ: في بيانِ أنّه رُكْنٌ، وفي بيانِ مكانِه، وفي بيانِ زَمانِه، وفي بيانِ مقدارِه، وفي بيانِ سُنَنِه، وفي بيانِ حكمِه إذا فاتَ عن [١/ ٢٢٣ب] وقتِه.

أمّا الأوّلُ: فالدّليلُ عليه قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران:٩٧] ثم فسَّرَ النّبيُّ ﷺ الحجَّ بقولِه: «الحجُّ عَرَفة» (٢) أي الحجُّ الوُقوفُ بعَرَفةَ إذِ الحجُّ فعلٌ، وعَرَفةُ مكانٌ فلا يكونُ حَجًّا فكان الوُقوفُ مُضْمرًا فيه فكان تقديرُه: الحجُّ الوُقوفُ بعَرَفةَ. والمُجْمَلُ إذا التَحقَ به التّفْسيرُ يَصيرُ مُفَسَّرًا من الأصلِ فيَصيرُ كأنّه تعالى قال: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ﴾، والحجُّ الوُقوفُ بعَرَفةَ. فظاهرُه يقتضي أنْ يكونَ هو الرّكْنُ لا غيرُ إلاَّ أنّه زيدَ عليه طَوافُ الزِّيارةِ بدليلٍ.

ثمّ قال النّبيُّ ﷺ في سياقِ التّفْسيرِ: «مَنْ وقَفَ بعَرَفةَ فقد تَمَّ حَجُّه» (٣) جعل الوُقوفَ بعَرَفةَ اسمًا للحَجِّ فدَلَّ أنّه رُكْنٌ.

فإنْ قِيلَ: هذا يَدُلُّ على أنّ الوُقوفَ بعَرَفةَ واجبٌ، وليس بفَرْضٍ فضْلاً عن أنْ يكونَ رُكْنًا؛ لأنّه عَلَّقَ تَمامَ الحجِّ به، والواجبُ هو الذي يتعَلَّقُ بوُجودِه التّمامُ لا الفرضُ.

فالجوابُ: أنّ المُرادَ من قولِه: «فقد تَمَّ حَجُّه» ليس هو التّمامُ الذي هو ضِدُّ النُّقْصانِ بل خُروجُه عن احتِمالِ الفسادِ فقولُه: «فقد تَمَّ حَجُّه» أي: خرج من أنْ (يكونَ مُحْتَمِلاً للفَسادِ) (٤) بعدَ ذلك لوُجودِ المُفْسِدِ حتّى لو جامع بعدَ ذلك لا يَفْسُدُ حَجُّه لكنْ تَلْزَمُه

(١) في المخطوط: «والكلام».
(٢) أخرجه أبو داود في كتاب: المناسك، باب: من لم يدرك عرفة، حديث (١٩٤٩)، والترمذي (٨٨٩)، والنسائي (٣٠١٦)، وابن ماجه (٣٠١٥)، والحاكم في المستدرك (١/ ٦٣٥)، (١٧٠٣)، والبيهقي في السنن (٥/ ١٧٣)، (٩٥٩٣)، وذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٩٢)، من حديث عبد الرحمن بن يعمر، وقال: قال ابن عبد البر: عبد الرحمن بن يعمر لم يُرو عنه غير هذا الحديث، قال المنذري في حواشيه: بل روى له الترمذي والنسائي وابن ماجه حديث النهي عن المزفت، وذكره البغوي في الصحابة وأن له هذين الحديثين، قلت وهو صحيح كما في الإرواء (١٠٦٤).
(٣) أخرجه أبو داود في كتاب: المناسك، باب: من لم يدرك عرفة، حديث (١٩٥٠)، والترمذي (٨٩١)، والنسائي (٣٠٣٩)، وابن ماجه (٣٠١٦)، والبيهقي في السنن (٥/ ١٧٣)، (٩٥٩٥)، من حديث عروة ابن مضرس الطائي، وهو صحيح كما في الإرواء (١٠٦٦).
(٤) في المخطوط: «يحتمل الفساد».

الفِدْيةُ على ما نذكرُ إنْ شاء اللَّه تعالى، وهذا؛ لأنّ اللَّهَ تعالى فرَضَ الحجَّ بقولِه: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ [مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا] (1)﴾ [آل عمران: ٩٧] وفَسَّرَ النبيُّ ﷺ الحجَّ بالوُقوفِ بعَرَفةَ فصار الوُقوفُ بعَرَفةَ فرضًا، وهو رُكْنٌ فلو حُمِلَ التَّمامُ المذكورُ في الحديثِ على التَّمامِ الذي هو ضِدُّ النُّقْصانِ لم يكنْ فرضًا؛ لأنّه يوجَدُ الحجُّ بدونِه فيتناقضُ، فحُمِلَ التّمامُ المذكورُ على خُروجِه عن احتِمالِ الفسادِ عَمَلًا بالدّلائلِ بل صيانةً لها [عن] التّناقُضِ.

وقولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿ثُمَّ أَفِيضُوا۟ مِنْ حَيْثُ أَفَاضَ ٱلنَّاسُ﴾ [البقرة: ١٩٩] قِيلَ: إنّ أهلَ الحرَمِ كانوا لا يَقِفونَ بعَرَفاتٍ، ويقولونَ: نحنُ أهلُ حَرَمِ اللَّه لا نُفيضُ كغيرِنا مِمَّنْ قَصَدَنا فأنزلَ اللَّه عَزَّ وجَلَّ الآيَةَ [الكريمةَ] يَأمُرُهم بالوُقوفِ بعَرَفاتٍ، والإفاضةِ من حيث أفاضَ النّاسُ، والنّاسُ كانوا يُفيضونَ من عَرَفاتٍ، وإفاضَتُهم منها لا تكونُ إلاّ بعدَ حُصُولِهم فيها فكان الأمرُ بالإفاضةِ منها أمرًا بالوُقوفِ بها ضرورةً.

ورُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنّها قالتْ: كانتْ قُرَيْشٌ ومَنْ كان على دينِها يَقِفونَ بالمُزْدَلِفةِ، ولا يَقِفونَ بعَرَفاتٍ فأنزل اللَّه عَزَّ وجَلَّ قولَه: ﴿ثُمَّ أَفِيضُوا۟ مِنْ حَيْثُ أَفَاضَ ٱلنَّاسُ﴾[البقرة: ١٩٩] (2). وكذا الأُمَّةُ أجمعتْ على كونِ الوُقوفِ رُكْنًا في الحجِّ.

وَأمّا مكانُ الوُقوفِ: فعَرَفاتٌ كُلُّها موقِفٌ لقولِ النّبيِّ ﷺ: «عَرَفاتٌ كُلُّها موقِفٌ إلاّ بَطْنَ عُرَنَةَ» (3). ولِما (4) رَوَيْنا من الحديثِ. وهو قولُه ﷺ: «الحجُّ عَرَفةُ» (5). فمَنْ وقَفَ بعَرَفةَ فقد تَمَّ حَجُّه مُطْلَقًا من غيرِ تَعيينِ موضِعٍ دونَ موضِعٍ، إلاّ أنّه لا ينبغي أنْ يَقِفَ في بَطْنِ عُرَنةَ؛ لأنّ النّبيّ ﷺ نَهَى عن ذلك، وأخبرَ أنّه وادي الشّيطانِ.

وَأمّا زَمانُه: فزَمانُ الوُقوفِ من حينِ تَزولُ الشّمسُ من يومِ عَرَفةَ إلى طُلوعِ الفجرِ الثّاني

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: تفسير القرآن، باب: ثم أفيضوا من حديث أفاض الناس، حديث (٤٥٢٠)، ومسلم، كتاب: الحج، باب: في الوقوف، والترمذي (٨٨٤)، من حديث عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها.

(٣) أخرجه ابن ماجه في كتاب: المناسك، باب: الموقف بعرفات، حديث (٣٠١٢) من حديث جابر بن عبد الله، وأحمد (١٦٣٠٩)، من حديث جبير بن مطعم، والطبراني في الكبير (١١/ ١٧٥)، (١١٤٠٨)، من حديث ابن عباس، وهو صحيح، وانظر صحيح الجامع (٤٠٠٦).

(٤) في المخطوط: «لناما».

(٥) سبق تخريجه.

من يوم النّحْرِ حتّى لو وقَفَ بعَرَفةَ في غيرِ هذا الوقتِ كان وُقوفُه وعَدَمُ وُقوفِه سَواءً؛ لأنّه فرضٌ مُؤَقّتٌ فلا يتأدّى في غيرِ وقتِه كسائرِ الفرائضِ المُؤقّتةِ إلاّ في حالِ الضّرورةِ، وهي حالُ الاشتِباه استحسانًا على ما نذكرُه إنْ شاء اللّه تعالى. وكذا الوُقوفُ قبلَ الزّوالِ لم يَجز ما لم يَقِفْ بعدَ الزّوالِ، كذا مَنْ لم يُدْرِكْ عَرَفةَ بنهارٍ ولا بليلٍ فقد فاتَه الحجُّ.

والأصلُ فيه ما رُوِيَ أنّ النّبيّ ﷺ وقَفَ بعَرَفةَ بعدَ الزّوالِ، وقال: «**خُذوا عنّي مَناسِكَكم**»[١] فكان بيانًا لأوّلِ الوقتِ، وقال ﷺ: «**مَنْ أدركَ عَرَفةَ فقد أدركَ الحجَّ، ومَنْ فاتَه عَرَفةَ بليلٍ فقد فاتَه الحجُّ**»[٢]. وهذا بيانُ آخِرِ الوقتِ فدَلَّ أنّ الوقتَ يبقى ببَقاءِ الليلِ، ويَفوتُ بفَواتِه.

وهذا الذي ذكرنا قولُ عامّةِ العُلَماءِ[٣].

وقال مالِكٌ: وقتُ الوُقوفِ هو الليلُ فمَنْ لم يَقِفْ في جزءٍ من الليلِ لم يَجز وُقوفُه[٤]، واحتَجَّ بما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «**مَنْ أدركَ عَرَفةَ بليلٍ فقد أدركَ الحجَّ**»[٥] علّقَ إدراكَ الحجِّ بإدراكِ عَرَفةَ بليلٍ فدَلَّ أنّ الوُقوفَ بجزءٍ من الليلِ هو وقتُ الرّكْنِ.

(ولَنا): ما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «**مَنْ وقَفَ معنا هذا الموقِفَ، وصلّى معنا هذه الصّلاةَ، وكان وقَفَ قبلَ ذلك بعَرَفةَ ساعةً من ليلٍ أو نَهارٍ فقد تَمَّ حَجُّه، وقضَى تفَثَه**»[٦]. أخبر [النّبيُّ ﷺ][٧] عن تَمامِ الحجِّ بالوُقوفِ ساعةً من ليلٍ أو نَهارٍ، فدَلَّ أنّ ذلك هو وقتُ الوُقوفِ غيرُ عَيْنٍ، ورَوَيْنا عن النّبيِّ ﷺ. أنّه قال: «**مَنْ وقَفَ بعَرَفةَ فقد تَمَّ حَجُّه**»[٨] مُطْلَقًا

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب: الحج، باب: استحباب رمي جمرة العقبة يوم النحر راكبًا، حديث (١٢٩٧)، وأبو داود (١٩٧٠)، والنسائي (٣٠٦٢)، والبيهقي في السنن (٥/ ١٣٠)، (٩٣٣٥)، من حديث جابر بن عبد الله.

(٢) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٩٣)، وقال: رواه ابن أبي شيبة مرسلاً، وفيه محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وهو ضعيف لم يثبته ابن عدي.

(٣) **انظر في مذهب الحنفية**: الاختيار (١/ ١٩٢)، الهداية (١/ ٣٨٠، ٣٨١)، البناية في شرح الهداية (٤/ ١٦٥، ١٦٦).

(٤) **مذهب المالكية**: أنه من وقت الزوال من يوم عرفة إلى طلوع الفجر الثاني من يوم النحر، انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص (٨٩، ٩٠)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ٤٣)، أسهل المدارك (١/ ٤٧٧٦)، الخرشي على مختصر خليل (٢/ ٣٣١).

(٥) انظر الحديث السابق.

(٦) سبق تخريجه قريبًا.

(٧) ليست في المخطوط.

(٨) سبق تخريجه.

عن الزّمانِ إلاّ أنّ زَمانَ ما قبلَ الزّوالِ، وبعدَ انفِجارِ الصُّبْحِ من يومِ النّحْرِ ليس بمُرادٍ بدليلٍ فبَقِيَ ما بعدَ الزّوالِ إلى انفِجارِ الصُّبْحِ مُرادًا، ولأنّ [١/ ٢٢٤أ] هذا نوعُ نُسُكٍ فلا يختَصُّ بالليلِ كسائرِ أنواعِ المناسِكِ.

ولا حُجَّةَ له في الحديثِ؛ لأنّ فيه: مَنْ أدرَكَ عَرَفَةَ بليلٍ فقد أدرَكَ الحجَّ، وليس فيه أنّ مَنْ لم يُدْرِكْها بليلٍ ماذا حكمُه؟ فكان مُتَعَلِّقًا بالمسكوتِ فلا يَصِحُّ.

ولو اشتَبَهَ على النّاسِ هلالُ ذي الحِجَّةِ فوَقَفوا بعَرَفَةَ بعدَ أنْ أكمَلوا عِدَّةَ ذي القعدةِ ثلاثينَ يومًا ثمّ شهِدَ الشُّهودُ أنّهم رأوا الهِلالَ يومَ كذا، وتَبَيّنَ أنّ ذلك اليومَ كان يومَ النّحْرِ فوُقوفُهم صحيحٌ، وحَجَّتُهم تامَّةٌ استحسانًا، والقياسُ: أنْ لا يَصِحَّ.

وجه القياسِ: أنّهم وقَفوا في غيرِ وقتِ الوُقوفِ فلا يجوزُ كما لو تَبَيّنَ أنّهم وقَفوا يومَ التّرْوِيةِ، وأيُّ فرقٍ بين التّقْديمِ، والتّأخيرِ.

والاستحسان: ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «صومُكم يومَ تَصُومونَ، وأضحاكم يومَ تُضَحُّونَ، وعَرفتُكم يومَ تَعرِفونَ». ورُوِيَ: «وحَجُّكم يومَ تَحُجُّونَ»[1].

فقد جعل النّبيُّ ﷺ وقتَ الوُقوفِ أو الحجِّ، وقتَ تقِفُ أو تَحُجُّ فيه النّاسُ، والمعنى فيه من وجهينِ:

أحدُهما: ما قال بعضُ مشايِخِنا: أنّ هذه شهادةٌ قامتْ على النّفْيِ، وهي نَفْيُ جوازِ الحجِّ، والشّهادةُ على النّفْيِ باطِلةٌ.

والثّاني: أنّ شهادَتَهم جائزةٌ مقبولةٌ لكنّ وُقوفَهم جائزٌ أيضًا؛ لأنّ هذا النّوْعَ من الاشتِباه مِمّا يَغْلِبُ، ولا يُمْكِنُ التّحَرُّزُ [عنه][2] فلو لم نحكم بالجوازِ لَوَقَعَ النّاسُ في الحرَجِ بخلافِ ما إذا تَبَيّنَ أنّ ذلك اليومَ كان يومَ التّرْوِيةِ؛ لأنّ ذلك نادِرٌ غايةَ النُّدْرةِ فكان مُلْحَقًا بالعدَمِ، (ولأنّهم بهذا التّأخيرِ بَنَوْا)[3] على دليلٍ ظاهرٍ واجب العملِ به، وهو وُجوبُ إكمالِ العِدَّةِ إذا كان بالسّماءِ عِلَّةٌ فعُذِروا في الخطَأِ بخلافِ التّقْديمِ فإنّه خَطَأٌ غيرُ مَبنِيٍّ على

---

(١) أخرجه الترمذي في كتاب: الصوم، باب: ما جاء الصوم يوم تصومون، حديث (٦٩٧)، والدارقطني (٢/ ١٦٤)، (٣٥)، من حديث أبي هريرة دون قوله: «وعرفتكم...»، «وحَجُّكم...» فلم أقف عليه، والحديث صحيح كما في الإرواء (٩٠٥).

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «ولأنه بنى التأخير».

دليلٍ رأسًا فلم يُعذَروا فيه.

نَظيرُه إذا اشتَبَهَتِ القِبْلَةُ فتحرَّى، وصلّى إلى جِهةٍ ثمّ تَبَيّنَ أنّه أخطأ جِهةَ القِبْلَةِ جازتْ صلاتُه، ولو لم يتحرَّ، وصلّى ثمّ تَبَيّنَ أنّه أخطأ لم يَجز لما قلنا، كذا هذا، وهل يجوزُ وُقوفُ الشُّهودِ؟ رَوَى هِشامٌ عن محمّدٍ أنّه يجوزُ وُقوفُهم، وحَجُّهم أيضًا. وقد قال محمّدٌ: إذا شهِدَ عندَ الإمامِ شاهِدانِ عَشيّةَ يومِ عَرَفةَ برُؤْيةِ الهلالِ، فإنْ كان الإمامُ لم يُمْكِنْه الوُقوفُ في بَقيّةِ الليلِ مع النّاسِ أو أكثرِهم لم يَعملْ بتلك الشّهادةِ، ووَقَفَ من الغدِ بعدَ الزّوالِ؛ لأنّهم وإنْ شهِدوا عَشيّةَ عَرَفةَ لكنْ لَمّا تَعذّرَ على الجماعةِ الوُقوفُ في الوَقتِ، وهو ما بَقيَ من الليلِ صاروا [1] كأنّهم شهِدوا بعدَ الوقتِ فإنْ كان الإمامُ يُمْكِنُه الوُقوفُ قبلَ طُلوعِ الفجرِ مع النّاسِ أو أكثرِهم بأنْ كان يُدْرِكُ الوُقوفَ عامّةُ النّاسِ إلاّ أنّه لا يُدْرِكُه ضَعَفةُ النّاسِ، جاز وُقوفُه فإنْ لم يَقِفْ فاتَ حَجُّه؛ لأنّه ترك الوُقوفَ في وقتِه مع علمِه به، والقُدْرةِ عليه.

قال محمّدٌ: فإنِ اشتَبَهَ على النّاسِ فوَقَفَ الإمامُ، والنّاسُ يومَ النّحْرِ. وقد كان مَنْ رأى الهلالَ وقَفَ يومَ عَرَفةَ لم يُجْزِه وُقوفُه، وكان عليه أنْ يُعيدَ الوُقوفَ مع الإمامِ؛ لأنّ يومَ النّحْرِ صار يومَ الحجِّ في حَقِّ الجماعةِ، ووقتُ الوُقوفِ لا يجوزُ أنْ يختلفَ فلا يُعتَدُّ بما فعله بانفِرادِه. وكذا إذا أخّرَ الإمامُ الوُقوفَ لمعنًى يُسَوِّغُ فيه الاجتِهادُ لم يَجز وُقوفُ مَنْ وقَفَ قبلَه.

فإنْ شهِدَ شاهِدانِ عندَ الإمامِ بهلالِ ذي الحِجّةِ فرَدَّ شهادتَهما؛ لأنّه لا عِلّةَ بالسّماءِ، فوَقَفَ بشهادتِهما قَوْمٌ قبلَ الإمامِ لم يَجز وُقوفُهم؛ لأنّ الإمامَ أخّرَ الوُقوفَ بسببٍ يجوزُ العملُ عليه في الشّرعِ، فصار كما [لو] [2] أخّرَ بالاشتِباه، واللّه تعالى أعلمُ.

وَأمّا قدرُه فنُبَيِّنُ القدرَ المفروضَ، والواجبَ.

أمّا القدرُ المفروضُ من الوُقوفِ [3]: فهو كينونَتُه بعَرَفةَ في [ساعةٍ من] هذا الوقتِ فمتى حَصَلَ إتيانُها في [ساعةٍ من] هذا الوقتِ تأدّى فرضُ الوُقوفِ سَواءٌ كان عالِمًا بها، أو جاهِلاً نائمًا، أو يقظانَ مُفيقًا أو مُغمًى عليه، وقَفَ بها أو مرَّ، وهو يمشي أو على الدّابّةِ أو

---

(١) في المخطوط: «صار».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «الوقت».

محمولاً؛ لأنّه أتَى بالقدرِ المفروضِ، وهو حُصُولُه كائنًا بها.

والأصلُ فيه ما رَوَيْنا عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «مَنْ وقَفَ بعَرَفَةَ فقد تَمَّ حَجُّه»[(١)]. والمشيُ، والسّيْرُ لا يخلو عن وقفةٍ، وسَواءٌ نَوَى الوُقوفَ عند الوقوفِ أو لم يَنْوِ بخلافِ الطّوافِ، وسَنذكرُ الفرقَ في (فصلِ الطّوافِ) إنْ شاء اللّه وسَواءٌ كان مُحْدِثًا أو جُنُبًا أو حائضًا أو نُفَساءَ؛ لأنّ الطّهارةَ ليستْ بشرطٍ لجوازِ الوُقوفِ؛ لأنّ حديثَ الوُقوفِ مُطْلَقٌ عن شرطِ الطّهارةِ.

ولِما [(٢)] رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال لعائشةَ رضي الله عنها حينَ حاضَتْ: «افعَلي ما يَفعَلُه الحاجُّ غيرَ أنّكَ لا تَطوفي بالبيتِ»[(٣)]، ولأنّه نُسُكٌ غيرُ مُتَعلِّقٍ بالبيتِ فلا تُشْتَرَطُ له الطّهارةُ كرَمْيِ الجِمارِ، وسَواءٌ كان قد صلّى الصّلاتَيْنِ أو لم يُصَلِّ لإطلاقِ الحديثِ، ولأنّ الصّلاتَيْنِ، وهما: الظّهرُ، والعصرُ لا تَعَلُّقَ لهما بالوُقوفِ فلا يكونُ تركُهما مانِعًا من الوُقوفِ، واللهُ أعلَمُ، [١/ ٢٢٤ب].

وَأَمَّا القدرُ الواجبُ من الوُقوفِ: فمن حينِ تَزولُ الشّمسُ إلى أنْ تغربَ فهذا القدرُ من الوُقوفِ واجبٌ عندَنا[(٤)]. وعندَ الشّافعيِّ: ليس بواجبٍ بل هو سُنّةٌ[(٥)]. بناءً على أنّه لا فَرْقَ عنده بين الفرضِ، والواجبِ، فإذا لم يكنْ فرضًا لم يكنْ واجبًا، ونحنُ نُفَرِّقُ بين الفرضِ، والواجبِ كفَرْقِ ما بين السّماءِ والأرضِ، وهو أنّ الفرضَ اسمٌ لما ثبت وُجوبُه بدليلٍ مقطوعٍ

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) في المخطوط: «ولنا ما».

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: الحيض، باب: تقضي الحائض المناسك كلها إلا الطواف بالبيت، حديث (٣٠٥)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: بيان وجوه الإحرام (١٢١١)، والبيهقي في السنن (٥/ ٨٦)، (٩٠٨٣)، من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٤) انظر في مذهب الحنفية: تبيين الحقائق (٢/ ٢٤)، الجوهرة النيرة (١/ ١٦٢)، فتح القدير (٢/ ٤٧٣).

(٥) في بيان مذهب الشافعي يقول النووي: «وقت الوقوف ما بين زوال الشمس يوم عرفة وطلوع الفجر الثاني يوم النحر، هذا هو المذهب، ونص عليه الشافعي، وقطع به جمهور الأصحاب... قال الشافعي والأصحاب: فمن حصل بعرفات في لحظة لطيفة من هذا الوقت وهو من أهل الوقوف صح وقوفه، وادرك بذلك الحج، ومن فاته هذا الزمان فقد فاته الحج، والأفضل أن يقف من حين يفرغ من صلاتي الظهر والعصر المجموعتين إلى لأت تغرب الشمس، ثم يدفع عقب الغروب إلى مزدلفة فلو وقف بعد الزوال ثم أفاض قبل الغروب فحجة صحيح بلا خلاف كما ذكرنا». انظر المجموع (٨/ ١٢٨)، أسنى المطالب (١/ ٤٨٨)، الغرر البهية (٢/ ٢٩٥)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١٤٥)، مغني المحتاج (٢/ ٢٦٣)، التجريد لنفع العبيد (٢/ ١٣١).

به، والواجبَ اسمٌ لما ثبت وُجوبُه بدليلٍ فيه شُبْهةُ العدَمِ على ما عُرِفَ في أُصُولِ الفقه، وأصلُ الوُقوفِ ثبت بدليلٍ مقطوعٍ به، وهو: النّصُّ المُفسّرُ من الكتابِ، والسّنّةُ المُتواتِرةُ، والمشهورةُ، والإجماعُ على ما ذكرنا.

فأمّا الوُقوفُ إلى جزءٍ من الليلِ: فلم يَقُم عليه دليلٌ قاطِعٌ بل مع شُبْهةِ العدَمِ أعني: خَبرَ الواحِدِ، وهو ما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «**مَن أدرَكَ عَرفةَ بليلٍ فقد أدرَكَ الحجَّ**»(١). أو غيرَ ذلك من الآحادِ التي لا تَثْبُتُ بمثلِها الفرائضُ فضْلاً عن الأركانِ.

وإذا عُرِفَ أنّ الوُقوفَ من حينِ زَوالِ(٢) الشّمسِ إلى غروبِها واجبٌ، فإنْ دَفَعَ [منها](٣) قبلَ غروبِ الشّمسِ فإنْ جاوزَ عَرفةَ بعدَ الغروبِ فلا شيءَ عليه؛ لأنّه ما ترك الواجبَ، وإنْ جاوزَها قبلَ الغروبِ فعليه دَمٌ عندَنا لتركِه الواجبَ فيجبُ عليه الدّمُ كما لو ترك غيرَه من الواجباتِ(٤).

وعندَ الشّافعيِّ لا دَمَ عليه(٥)؛ لأنّه لم يَتْرُكِ الواجبَ إذِ الوُقوفُ المُقدَّرُ ليس بواجبٍ(٦) عندَه، ولو عاد إلى عَرفةَ قبلَ غروبِ الشّمسِ، وقبلَ أنْ يدفَعَ الإمامُ ثمّ دَفَعَ منها بعدَ الغروبِ مع الإمامِ سَقَطَ عنه الدّمُ عندَنا لأنّه استَدْرَكَ المتروكَ. وعندَ زُفر لا يسقُطُ، وهو على الاختِلافِ في مُجاوَزةِ الميقاتِ بغيرِ إحرامٍ، والكلامُ فيه على نحوِ الكلامِ في تلك المسألةِ، وسَنذكرُها إنْ شاء اللّه في موضِعِها.

وإنْ عاد قبلَ غروبِ الشّمسِ بعدَ ما خرج الإمامُ من عَرفةَ ذكر الكَرْخيُّ أنّه يسقُطُ عنه الدّمُ أيضًا. وكذا رَوَى ابنُ شُجاعٍ عن أبي حنيفةَ أنّ الدّمَ يسقُطُ عنه أيضًا؛ لأنّه استَدْرَكَ المتروكَ إذِ المتروكُ هو الدّفْعُ بعدَ الغروبِ. وقد استَدْرَكَه، وذكر في الأصلِ أنّه لا يسقُطُ

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) في المخطوط: «تزول». (٣) ليست في المخطوط.

(٤) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي ص (٧٠)، المبسوط (٤/ ٥٥، ٥٦)، أحكام القرآن للجصاص (١/ ٣١١، ٣١٢)، تحفة الفقهاء (١/ ٤٠٥، ٤٠٦)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٥٩، ٦٠)، البناية مع الهداية (٤/ ٢٩٠ - ٢٩٢).

(٥) مذهب الشافعية: قال القفال في حلية العلماء: إن دفع قبل غروب الشمس وعاد قبل طلوع الفجر إلى الموقف فلا شيء عليه وإن عاد بعد طلوع الفجر جبره بدم، انظر: الأم (٢/ ٢١٢)، حلية العلماء (٣/ ٢٩٢)، المجموع شرح المهذب (٨/ ٩٤، ٩٥، ١٠٢)، فتح العزيز مع المجموع (٧/ ٣٦١، ٣٦٣، ٣٦٤).

(٦) ليست في المخطوط.

عنه الدّمُ قال مشايِخُنا: اختِلافُ الرِّوايةِ لمكانِ الاختِلافِ فيما لأجلِه يجبُ الدّمُ فعلى روايةِ الأصلِ الدّمُ يجبُ لأجلِ دَفْعِه قبلَ الإمامِ، ولم يستَدْرِكْ ذلك، وعلى روايةِ ابنِ شُجاعٍ يجبُ لأجلِ دَفْعِه قبلَ غروبِ الشّمسِ. وقد استَدْرَكَه بالعوْدِ.

والقُدوريُّ اعتَمَدَ على هذه الرِّوايةِ، وقال: هي الصّحيحةُ، والمذكورُ في الأصلِ مُضْطَرِبٌ، ولو عاد إلى عَرَفةَ بعدَ الغروبِ لا يسقُطُ عنه الدّمُ بلا خلافٍ؛ لأنّه لَمّا غَرَبَتِ الشّمسُ عليه قبلَ العوْدِ فقد تقرَّرَ عليه الدّمُ الواجبُ فلا يحتَمِلُ السّقوطَ بالعوْدِ، واللّه الموفِّقُ، وَأمّا بيانُ حكمِه إذا فاتَ فحكمُه أنّه يَفوتُ الحجُّ في تلك السّنةِ، ولا يُمْكِنُ استدراكُه فيها؛ لأنّ رُكْنَ الشّيءِ ذاتُه، وبَقاءَ الشّيءِ مع فواتِ ذاتِه مُحالٌ.

فصل [في طواف الزيارة]

وأمّا طَوافُ الزِّيارةِ فالكلامُ فيه في مواضعَ: في بيانِ أنّه رُكْنٌ، وفي بيانِ رُكْنِه، وفي بيانِ شَرائطِه، وواجباتِه، وسُنَنِه، وفي بيانِ مكانِه، وفي بيانِ زَمانِه، وفي بيانِ مقدارِه، وفي بيانِ حكمِه إذا فاتَ عن أيّامِ النّحْرِ.

أمّا الأوّلُ: فالدّليلُ على أنّه رُكْنٌ قوله تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج:٢٩] والمُرادُ منه طَوافُ الزِّيارةِ بالإجماعِ، ولأنّه تعالى أمرَ الكُلَّ بالطّوافِ فيقتضي الوُجوبَ على الكُلِّ، وطَوافُ اللِّقاءِ لا يجبُ أصلاً، وطَوافُ الصّدْرِ لا يجبُ على الكُلِّ؛ لأنّه لا يجبُ على أهلِ مكّةَ فيتعَيّنُ طَوافُ الزِّيارةِ مُرادًا بالآيةِ، وقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾ [آل عمران:٩٧]، والحجُّ في اللُّغةِ هو: القصْدُ، وفي عُرْفِ الشّرعِ هو: زيارةُ البيتِ، والزِّيارةُ هي القصْدُ إلى الشّيءِ للتَّقَرُّبِ قال الشّاعرُ:

ألم تَعلَمي يا أُمَّ سَعدٍ بأنّما ... تَخاطَأني رَيبُ الزّمانِ لأكبُرا
وأشهَدُ من عَوفٍ حُلولاً كثيرةً ... يَحُجّونَ بيتَ الزِّبرِقانِ المُزَعفَرا

وقولُه: «يَحُجّونَ» أي (يقصِدونَ ذلك البيتَ) (١) للتَّقَرُّبِ فكان حَجُّ البيتِ هو القصْدَ إليه للتَّقَرُّبِ به، وإنّما يُقْصَدُ البيتُ للتَّقَرُّبِ بالطّوافِ به فكان الطّوافُ به رُكْنًا (٢)، والمُرادُ به طَوافُ الزِّيارةِ لما بيّنّا، ولِهذا يُسَمّى في عُرْفِ الشّرعِ: طَوافَ الرّكْنِ فكان رُكْنًا. وكذا

---

(١) في المخطوط: «يزورون بمعنى يقصدونه».
(٢) في المخطوط: «واجبًا».

الأُمَّةُ أجمعتْ على كونِه رُكْنًا، ويجبُ على أهلِ الحرَمِ وغيرِهم لعُمومِ قوله تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج:٢٩] . وقولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾ [آل عمران:٩٧]

فصل [في ركن الزيارة]

وأمَّا رُكْنُه فحُصُولُه كائنًا حولَ البيتِ سَواءٌ كان بفعلِ نفسِه أو بفعلِ غيرِه، وسَواءٌ كان عاجِزًا عن الطّوافِ بنفسِه فطافَ [١] به غيرُه بأمرِه أو بغيرِ أمرِه أو كان قادِرًا على الطّوافِ [١/ ٢٢٥أ] بنفسِه فحَمَلَه غيرُه بأمرِه أو بغيرِ أمرِه غيرَ أنّه إنْ كان عاجِزًا أجزَأه، ولا شيءَ عليه، وإنْ كان قادِرًا أجزَأه، ولكنْ يلزَمُه الدّمُ.

أمَّا الجوازُ فلأنّ الفرضَ حُصُولُه كائنًا حولَ البيتِ. وقد حَصَلَ.

وأمَّا لُزومُ الدّمِ فلِتركِه الواجبَ، وهو الشّيءُ بنفسِه مع القُدْرةِ عليه فدخله نَقْصٌ فيجبُ جَبْرُه بالدّمِ كما إذا طافَ راكِبًا أو زَحْفًا، وهو قادِرٌ على المشيِ، وإذا كان عاجِزًا عن المشيِ لا يلزَمُه شيءٌ؛ لأنّه لم يَتْرُكِ الواجبَ إذْ لا وُجوبَ مع العجْزِ.

ويجوزُ ذلك عن الحامِلِ، والمحمولِ جميعًا لما ذكرنا أنّ الفرضَ حُصُولُه كائنًا حولَ البيتِ وقد حَصَلَ كُلُّ واحِدٍ منهما كائنًا حولَ البيتِ غيرَ أنّ أحدَهما حَصَلَ كائنًا بفعلِ نفسِه، والآخَرُ بفعلِ غيرِه.

فإنْ قِيلَ: إنّ مشيَ الحامِلِ فعلٌ، والفعلُ الواحِدُ كيف يَقَعُ عن شَخصَيْنِ؟

فالجوابُ من وجهينِ:

أحدُهما: أنّ المفروضَ ليس هو الفعلَ في البابِ بل حُصُولُ الشّخصِ حولَ البيتِ بمنزِلةِ الوُقوفِ بعَرَفةَ أنّ المفروضَ منه حُصُولُه كائنًا بعَرَفةَ لا فعلُ الوُقوفِ على ما بيّنّا فيما تقدَّمَ.

والثّاني: أنّ مشيَ الواحِدِ جاز أنْ يَقَعَ عن اثْنَيْنِ في بابِ الحجِّ كالبعيرِ الواحِدِ إذا رَكِبَه اثْنانِ فطافا عليه. وكذا يجوزُ في الشّرعِ أنْ يُجْعَلَ فعلٌ واحِدٌ حقيقةً كفعلينِ معنًى كالأبِ الوَصيِّ إذا باع مالَ نفسِه من الصّغيرِ أو اشترى مالَ الصّغيرِ لنفسِه، ونحوِ ذلك كذا [٢] ههنا.

---

(١) في المخطوط: «وطاف».

(٢) في المخطوط: «كذلك».

فصل [في شرط طواف الزيارة وواجباته]

وأمّا شرطُه وواجباتُه:

فشرطُه: النِّيّةُ، وهو أصلُ النِّيّةِ دونَ التّعيينِ حتّى لو لم يَنْوِ أصلاً بأنْ طاف هارِبًا من سَبُعٍ أو طالِبًا لغَريمٍ لم يَجز. فرّقَ أصحابُنا بين الطّوافِ، وبين الوُقوفِ: أنّ الوُقوفَ يَصِحُّ من غيرِ نيّةِ الوُقوفِ عندَ الوُقوفِ، والطّوافَ لا يَصِحُّ من غيرِ نيّةِ الطّوافِ [عندَ الطّوافِ] (١) كذا ذكره القُدوريُّ في شرحِه مختصَرَ الكَرْخيِّ، وأشارَ القاضي في شرحِه مختصَرَ الطّحاوِيِّ إلى أنّ نيّةَ الطّوافِ عندَ الطّوافِ ليستْ بشرطٍ أصلاً، وأنّ نيّةَ الحجِّ عندَ الإحرامِ كافيةٌ، ولا يحتاجُ إلى نيّةٍ مُفْرَدةٍ كما في سائرِ أفعالِ الحجِّ، وكما في أفعالِ الصّلاةِ.

ووجه الفرقِ على ما ذكره القُدوريُّ: أنّ الوُقوفَ رُكْنٌ يَقَعُ في حالِ قيامِ نفسِ الإحرامِ لانعِدامِ ما يُضادُّه فلا يحتاجُ إلى نيّةٍ مُفْرَدةٍ بل تكفيه النِّيّةُ السّابِقةُ، وهي نيّةُ الحجِّ كالرّكوعِ، والسّجودِ في بابِ الصّلاةِ؛ لأنّه لا يحتاجُ إلى إفرادِهما بالنِّيّةِ لاشتِمالِ نيّةِ الصّلاةِ عليهما كذا الوُقوفُ.

فأمّا الطّوافُ فلا يُؤْتَى به في حالِ قيامِ نفسِ الإحرامِ لوُجودِ ما يُضادُّه؛ لأنّه تحليلٌ؛ لأنّه يَقَعُ به التّحليلُ، ولا إحرامَ حالَ وُجودِ التّحليلِ؛ لأنّ الشّيءَ حالَ وُجودِه موجودٌ، ووُجودُه يمنَعُ الإحرامَ من الوُجودِ فلا تشتَمِلُ عليه نيّةُ الحجِّ فتقَعُ الحاجةُ إلى الإفرادِ بالنِّيّةِ كالتّسليمِ في بابِ الصّلاةِ إذِ التّسليمُ تحليلٌ أو نقول: إنّ الوُقوفَ يوجَدُ في حالِ قيامِ الإحرامِ المُطْلَقِ لبَقائه في حَقِّ جميعِ الأحكامِ فيتناوَلُه نيّةُ الحجِّ فلا يحتاجُ إلى نيّةٍ على حِدةٍ، ولا كذلك الطّوافُ. فإنّه يوجَدُ حالَ زَوالِ الإحرامِ من وجهٍ لوُقوعِ التّحلُّلِ (٢) قبلَه من وجهٍ بالحلْقِ أو التّقْصيرِ. ألا ترى أنّه يَحِلُّ له كُلُّ شيءٍ إلاّ النِّساءَ فوَقَعَتِ الحاجةُ إلى نيّةٍ على حِدةٍ.

فأمّا تَعيينُ النِّيّةِ حالَ وُجودِه في وقتِه فلا حاجةَ إليه حتّى لو نَفر في النّفْرِ الأوّلِ فطافَ، وهو لا يُعَيِّنُ طَوافًا يَقَعُ عن طَوافِ الزِّيارةِ لا عن الصّدْرِ؛ لأنّ أيّامَ النّحْرِ مُتَعَيِّنةٌ لطَوافِ الزِّيارةِ فلا حاجةَ إلى تَعيينِ النِّيّةِ كما لو صامَ رمضانَ بمُطْلَقِ النيّةِ أنّه يَقَعُ عن رمضانَ لكونِ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «التحليل».

الوقتِ مُتعَيّنًا لصومِه كذا هذا.

وكذا لو نَوَى تَطوُّعًا يَقعُ عن طَوافِ الزِّيارةِ كما لو صامَ رمضانَ بنيّةِ التّطوُّعِ، وكذلك كُلُّ طَوافٍ واجبٍ، أو سُنّةٍ يَقعُ في وقتِه من طَوافِ اللِّقاءِ، وطَوافِ الصّدْرِ، فإنّما يَقعُ عَمّا يستَحِقُّه الوقتُ، وهو الذي انعقد عليه الإحرامُ دونَ غيرِه سَواءٌ عَيّنَ ذلك بالنِّيّةِ، أو لم يُعَيِّنْ فيقَعُ [(١)] عن الأوّلِ، وإنْ نَوَى الثّانيَ لا (يُعملُ بنيّتِه) [(٢)] في تقديمِه على الأوّلِ حتّى إنّ المُحْرِمَ إذا قَدِمَ مكّةَ، وطافَ لا يُعَيِّنُ شيئًا، أو نَوَى التّطوُّعَ، فإنْ كان مُحْرِمًا بعُمْرةٍ يَقعُ طَوافُه للعُمْرةِ، وإنْ كان مُحرِمًا بحَجّةٍ يَقعُ طَوافُه للقُدومِ؛ لأنّ عَقْدَ الإحرامِ انعقد عليه، وكذلك القارِنُ إذا طافَ لا يُعَيِّنُ شيئًا، أو نَوَى التّطوُّعَ كان ذلك للعُمْرةِ، فإنْ طافَ طَوافًا آخَرَ قبلَ أنْ يسعَى لا يُعَيِّنُ شيئًا، أو نَوَى تَطوُّعًا كان ذلك للحَجِّ، واللهُ أعلَمُ.

فَأمّا الطّهارةُ عن الحدَثِ، والجنابةِ، والحيضِ، والنِّفاسِ فليستْ بشرطٍ [١/ ٢٢٥ب] لجوازِ الطّوافِ، وليستْ بفَرْضٍ عندنا بل واجبةٌ حتّى يجوزَ الطّوافُ بدونِها[(٣)]. وعندَ الشّافعيِّ: فرضٌ لا يَصِحُّ الطّوافُ بدونِها[(٤)]. واحتَجَّ بما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «الطّوافُ صلاةٌ إلاّ أنّ اللّهَ تعالى أباحَ فيه الكلامَ» [(٥)]. وإذا كان صلاةً فالصّلاةُ لا جوازَ لها بدونِ الطّهارةِ.

(ولَنا): قوله تعالى: ﴿وَلۡيَطَّوَّفُواْ بِٱلۡبَيۡتِ ٱلۡعَتِيقِ﴾ [الحج:٢٩] أمرَ بالطّوافِ مُطْلَقًا عن شرطِ الطّهارةِ، ولا يجوزُ تقييدُ مُطْلَقِ الكتابِ بخَبَرِ الواحِدِ فيُحمَلُ على التّشبيه كما في قوله تعالى: ﴿وَأَزۡوَٰجُهُۥٓ أُمَّهَٰتُهُمۡۗ﴾ [الأحزاب:٦] [أي: كأُمَّهاتِهم] [(٦)] ومعناه الطّوافُ كالصّلاةِ إمّا في الثّوابِ أو في أصلِ الفرضيّةِ في طَوافِ الزِّيارةِ؛ لأنّ كلامَ التّشبيه لا عُمومَ له

---

(١) في المخطوط: «ويقع الأول». (٢) في المخطوط: «تعمل نيته».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ٣٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٥٨)، الجوهرة النيرة (١/ ١٧١)، فتح القدير (٣/ ٥٠)، البحر الرائق (٣/ ٢١)، مجمع الأنهر (١/ ٢٩٤).

(٤) وفي بيان مذهب الشافعية يقول النووي: «يشترط لصحة الطواف الطهارة من الحدث والنجس في الثوب والبدن والمكان الذي يطؤه في طوافه، فإن كان محدثا أو مباشرًا لنجاسة غير معفو عنها لم يصح طوافه» انظر المجموع شرح المهذب (٨/ ٢٠)، الأم (٢/ ١٩٤ - ١٩٥)، أسنى المطالب (١/ ٤٧٧)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١٣١)، مغنى المحتاج (٢/ ٢٤٣)، حاشية الجمل (٢/ ٤٢٧)، تحفة الحبيب (٢/ ٤٣٩)، التجريد لنفع العبيد (٢/ ١٢١).

(٥) يأتي تخريجه قريبًا. (٦) ليست في المخطوط.

فيُحمَلُ على المُشابَهةِ في بعضِ الوُجوه عَمَلاً بالكتابِ والسّنّةِ أو نقول: الطّوافُ يُشْبِه الصّلاةَ، وليس بصلاةٍ حقيقة فمن حيث إنّه ليس بصلاةٍ حقيقة لا تُفْتَرَضُ له الطّهارةُ، ومن حيث إنّه يُشْبِه الصّلاةَ تجبُ له الطّهارةُ عَمَلاً بالدّليلينِ بالقدرِ المُمْكِنِ.

وإنْ كانتِ الطّهارةُ من واجباتِ الطّوافِ فإذا طافَ من غيرِ طهارةٍ فما دامَ بمكّةَ تجبُ عليه الإعادةُ؛ لأنّ الإعادةَ جَبْرٌ له بجِنْسِه، وجَبْرُ الشّيءِ بجِنْسِه أولى؛ لأنّ معنى الجبْرِ، وهو التّلافي فيه أتَمُّ ثمّ إنْ أعاد في أيّامِ النّحْرِ فلا شيءَ عليه، وإنْ أخّرَه عنها فعليه دَمٌ في قولِ أبي حنيفةَ، والمسألةُ تأتي [إنْ شاء اللّه تعالى] في موضِعِها.

وإنْ لم يَعُدْ، ورجع إلى أهلِه فعليه الدّمُ غيرَ أنّه إنْ كان مُحْدِثًا فعليه شاةٌ، وإنْ كان جُنُبًا فعليه بَدَنةٌ؛ لأنّ الحدَثَ يوجِبُ نُقْصانًا يسيرًا فتكفيه الشّاةُ لجَبْرِه كما لو ترك شوْطًا فأمّا الجنابةُ فإنّها توجِبُ نُقْصانًا مُتفاحِشًا؛ لأنّها أكبَرُ الحدَثَيْنِ فيجبُ لها أعظَمُ الجابرَيْنِ.

وقد رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه قال البدنةُ: «تجبُ في الحجِّ في موضِعَيْنِ:

أحدُهما: إذا طافَ جُنُبًا.

والثّاني: إذا جامع بعدَ الوُقوفِ»[1].

وإذا لم تَكُنِ الطّهارةُ من شَرائطِ الجوازِ فإذا طافَ، وهو مُحْدِثٌ أو جُنُبٌ، وقَعَ موقِعَه حتّى لو جامع بعدَه لا يلزَمُه شيءٌ؛ لأنّ الوَطْءَ لم يُصادِفِ الإحرامَ لحُصُولِ التّحلُّلِ بالطّوافِ.

هذا إذا طافَ بعدَ أنْ حَلَقَ أو قَصّرَ ثمّ جامع فأمّا إذا طافَ، ولم يكنْ حَلَقَ، ولا قَصّرَ ثمّ جامع فعليه دَمٌ؛ لأنّه إذا لم يحلِقْ، ولم يُقَصِّرْ فالإحرامُ باقٍ، والوَطْءُ إذا صادَفَ الإحرامَ يوجِبُ الكفّارةَ إلاّ أنّه يلزَمُه الشّاةُ لا البدنةُ؛ لأنّ الرّكْنَ صار مُؤَدًّى فارتفعَتِ الحُرْمةُ المُطْلَقةُ فلم يَبْقَ الوَطْءُ جَنابةً محضةً بل خَفَّ معنى الجنابةِ فيه فيَكْفيه أخفُّ الجابرَيْنِ.

فأمّا الطّهارةُ عن النّجَسِ فليستْ من شَرائطِ الجوازِ بالإجماعِ فلا يُفْتَرَضُ تحصيلُها، ولا تجبُ أيضًا لكنّه سُنّةٌ حتّى لو طافَ، وعلى ثَوْبه نجاسةٌ أكثرُ من قدرِ الدّرهمِ جاز، ولا

(١) أورده الزيلعي بمعناه في «نصب الراية»، (٣/ ١٢٧).

يلزَمُه شيءٌ إلاَّ أنّه يُكْرَه.

وأمَّا سَتْرُ العورَةِ فهو مثلُ الطّهارةِ عن الحدَثِ والجنابةِ أي إنّه ليس بشرطِ الجوازِ، وليس بفَرْضٍ، لكنّه واجبٌ عندَنا [حتّى لو طافَ عُرْيانًا فعليه الإعادةُ ما دامَ بمكّةَ فإنْ رجع إلى أهلِه فعليه الدّمُ][1] [2]. وعندَ الشّافعيِّ شرطُ الجوازِ كالطّهارةِ عن الحدَثِ والجنابةِ[3]، (وحُجَّتُه): ما رَوَيْنا عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «**الطّوافُ صلاةٌ إلاَّ أنّ اللّهَ أباحَ فيه الكلامَ**»[4] وسَتْرُ العورةِ من شَرائطِ جوازِ الصّلاةِ.

(وحُجّتُنا): قوله تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج:٢٩] أمرَ بالطّوافِ مُطْلَقًا عن شرطِ السّتْرِ فيُجْرى على إطلاقِه، والجوابُ عن تَعَلُّقِه بالحديثِ على نحوِ ما ذكرنا في الطّهارةِ والفرقُ بين سَتْرِ العورةِ، وبين الطّهارةِ عن النّجاسةِ أنّ المنْعَ من الطّوافِ مع الثّوبِ النّجِسِ ليس لأجلِ الطّوافِ بل لأجلِ المسجدِ، وهو صيانَتُه عن إدخالِ النّجاسةِ فيه، وصيانَتُه عن تَلْويثِه، فلا يوجِبُ ذلك نُقْصانًا [5] في الطّوافِ فلا حاجةَ إلى الجبْرِ. فأمَّا المنْعُ من الطّوافِ عُرْيانًا فلأجلِ الطّوافِ ولنَهْيِ النّبيِّ ﷺ عن الطّوافِ عُرْيانًا بقولِه ﷺ: «**ألا لا يَطوفَنّ بعدَ عامي هذا مشرِكٌ، ولا عُرْيانٌ**»[6] وإذا كان النّهْيُ لمكانِ الطّوافِ تَمكّنَ فيه النّقْصُ فيجبُ جَبْرُه بالدّمِ لكنْ بالشّاةِ لا بالبدنةِ؛ لأنّ النّقْصَ فيه كالنّقْصِ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: أحكام القرآن للجصاص (٣/ ٢٤٠)، مختصر الطحاوي ص (٦٤)، المبسوط (٤/ ٣٨ - ٤٠)، متن القدوري ص (٣٠)، تحفة الفقهاء (١/ ٣٩١)، البناية (٤/ ٢٧٩ - ٢٨٥).

(٣) مذهب الشافعية: قال في مختصر المزني «ولا يجزئ الطواف إلا بما تجزئ به الصلاة من الطهارة من الحدث وغسل النجس، قال القفال في الحلية: ومن شرط الظواف الطهارة، وستر العورة». انظر: الأم (٢/ ١٧٨، ١٧٩)، مختصر المزني ص (٦٧)، حلية العلماء (٣/ ٢٨٠، ٢٨١)، المجموع شرح المهذب (٨/ ١٤ - ١٦، ١٧ - ١٩).

(٤) أخرجه الترمذي في كتاب: الحج، باب: ما جاء في الكلام في الطواف، حديث (٩٦٠)، والبيهقي في السنن (٥/ ٨٥)، (٩٠٧٥)، من حديث ابن عباس، والنسائي (٢٩٢٢)، من حديث رجل أدرك النبي ﷺ، والنسائي (٢٩٢٣)، من حديث ابن عمر، وهو صحيح كما في صحيح الجامع (٣٩٥٦).

(٥) في المخطوط: «نقصًا».

(٦) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: لا يطوف بالبيت عريان، حديث (١٦٢٢)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: لا يحج البيت مشرك، حديث (١٣٤٧)، وأبو داود (١٩٤٦)، والنسائي (٢٩٥٧)، والبيهقي في السنن (٥/ ٨٧)، (٩٠٩١)، من حديث أبي هريرة وفيه «ألا لا يحج بعد العام مشركٌ ولا يطوف بالبيت عريان».

بالحدَثِ لا كالنّقْصِ بالجنابةِ.

قال محمّدٌ: ومَنْ طافَ تَطوُّعًا على شيءٍ من هذه الوُجوه فأحَبُّ إلينا إنْ كان بمكّةَ أنْ يُعيدَ الطّوافَ، وإنْ كان قد رجع إلى أهلِه فعليه صَدَقةٌ سِوَى الذي طافَ، وعلى ثَوْبه نجاسةٌ؛ لأنّ التّطوُّعَ يَصيرُ واجبًا بالشُّروعِ فيه إلاَّ أنّه دونَ الواجبِ ابتِداءً بإيجاب اللّه تعالى فكان النّقْصُ فيه أقَلَّ فيُجْبَرُ بالصّدَقةِ، ومُحاذاةُ المرأةِ الرّجُلَ في الطّوافِ لا تُفْسِدُ عليه طَوافَه؛ لأنّ المُحاذاةَ إنّما عُرِفَتْ مُفْسِدةً في الشّرعِ على خلافِ القياسِ في صلاةٍ مُطْلَقةٍ مشتركةٍ، والطّوافُ ليس بصلاةٍ حقيقةً، ولا اشتِراكَ أيضًا، والموالاةُ [١/ ٢٢٦أ] في الطّوافِ ليستْ بشرطٍ حتّى لو خرج الطّائفُ من طَوافِه لصلاةِ جِنازةٍ [(١)] أو مكتوبةٍ أو لتجديدِ وضوءٍ ثمّ عاد بَنَى على طَوافِه، [ولا يلزَمُه الاستِئْنافُ لقوله تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج:٢٩] مُطْلَقًا عن شرطِ الموالاةِ. ورُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه خرج من الطّوافِ، ودخل السِّقايةَ فاستسقَى فسَقَى فشَرِبَ ثمّ عاد، وبَنَى على طَوافِه] [(٢)] [(٣)]، واللّه تعالى أعلمُ، ومن واجباتِ الطّوافِ أنْ يَطوفَ ماشيًا لا راكِبًا إلاَّ من [(٤)] عُذْرٍ حتّى لو طافَ راكِبًا من غيرِ عُذْرٍ فعليه الإعادةُ ما دامَ بمكّةَ، وإنْ عاد إلى أهلِه يلزَمُه الدّمُ، وهذا عندَنا[(٥)] وعندَ الشّافعيِّ: ليس بواجبٍ فإذا طافَ راكِبًا من غيرِ عُذْرٍ لا شيءَ عليه[(٦)]، واحتَجَّ بما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ [أنّه] طافَ راكِبًا[(٧)].

ولَنَا قوله تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج:٢٩]، (والرّاكِبُ ليس بطائفٍ) [(٨)]

---

(١) في المخطوط: «الجنازة».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) أخرجه ابن حبان (٩/ ١٤٤)، (٣٨٣٧)، والبيهقي في السنن (٥/ ٨٥)، معلقًا، والحاكم في المستدرك (١/ ٦٣١)، (١٦٨٩)، من حديث ابن عباس، وصححه الشيخ الأرناؤوط.

(٤) في المخطوط: «عن».

(٥) **انظر في مذهب الحنفية**: الأصل للشيباني (٢/ ٣٩٨، ٣٩٩)، أحكام القرآن للجصاص (١/ ٩٩)، المبسوط (٤/ ٤٤، ٤٥)، فتح القدير مع الهداية (٢/ ٤٩٥)، الاختيار (١/ ١٥٤).

(٦) **انظر في مذهب الشافعية**: الأم (١/ ١٧٣، ١٧٤)، حلية العلماء (٣/ ٢٨٢)، المجموع شرح المهذب (٨/ ٢٦، ٢٧).

(٧) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: استلام الركن، حديث (١٦٠٨)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: جواز الطواف على بعير، حديث (١٢٧٢)، وأبو داود (١٨٧٧)، والنسائي (٧١٣)، وابن ماجه (٢٩٤٨)، من حديث ابن عباس، وفيه «طاف النبي ﷺ في حجة الوداع على بعير».

(٨) في المخطوط: «والطائف ليس براكب».

حقيقةً فأوجب ذلك نَقْصًا فيه فوَجَبَ جَبْرُه بالدّمِ. وأمّا فعلُ رسولِ اللّه ﷺ فقد رُوِيَ أنّ ذلك كان لعُذْرٍ كذا رُوِيَ عن عَطاءٍ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّ ذلك كان بعد ما أسَنّ، وبَدَنَ [١]، ويحتَمِلُ أنّه فعل ذلك لعُذْرٍ آخرَ، وهو التّعليمُ كذا رُوِيَ عن جابرٍ رضي الله عنه أنّ النّبيّ ﷺ طافَ راكِبًا ليَراه النّاسُ فيسألوه، ويتعَلّموا منه[٢]، وهذا عُذْرٌ.

وعلى هذا أيضًا يخرج ما إذا طافَ زَحْفًا أنّه إنْ كان عاجِزًا عن المشيِ أجزَأه، ولا شيءَ عليه؛ لأنّ التّكليفَ بقدرِ الوُسعِ، وإنْ كان قادِرًا عليه الإعادةُ إنْ كان بمكّةَ، والدّمُ إنْ كان رجع إلى أهلِه؛ لأنّ الطّوافَ مشيًا، واجبٌ عليه، ولو أوجب على نفسِه أنْ يَطوفَ بالبيتِ زَحْفًا، وهو قادِرٌ على المشيِ عليه أنْ يَطوفَ ماشيًا؛ لأنّه نَذَرَ إيقاعَ العِبادةِ على وجهٍ غيرِ مشروعٍ فلَغَتِ الجِهةُ، وبَقِيَ النّذْرُ بأصلِ العِبادةِ كما إذا نَذَرَ أنْ يَطوفَ للحَجِّ على غيرِ طهارةٍ فإنْ طافَ زَحْفًا أعاد إنْ كان بمكّةَ، وإنْ رجع إلى أهلِه فعليه دَمٌ؛ لأنّه ترك الواجبَ كذا ذكر في الأصلِ.

وذكر القاضي في شرحِه مختصَر الطّحاوِيّ أنّه إذا طافَ زَحْفًا أجزَأه؛ لأنّه أدّى ما أوجب على نفسِه فيُجْزِئُه كمَنْ نَذَرَ أنْ يُصلّيَ ركعتَيْنِ في الأرضِ المغصُوبةِ أو يَصُومَ يومَ النّحْرِ أنّه يجبُ عليه أنْ يُصلّيَ في موضِعٍ آخرَ ويَصُومَ يومًا آخرَ، ولو صلّى في الأرضِ المغصُوبةِ، وصامَ يومَ النّحْرِ أجزَأه، وخرج عن عُهْدةِ النّذْرِ كذا هذا.

وعلى هذا أيضًا يخرجُ ما إذا طافَ محمولاً أنّه إنْ كان لعُذْرٍ جاز، ولا شيءَ عليه، وإنْ كان لغيرِ عُذْرٍ جاز، ويلزَمُه الدّمُ؛ لأنّ الطّوافَ ماشيًا، واجبٌ عندَ القُدْرةِ على المشيِ، وتركُ الواجبِ من غيرِ عُذْرٍ يوجِبُ الدّمَ.

فَأمّا الابتِداءُ من الحجَرِ [الأسوَدِ] [٣] فليس [بشرطٍ] من شَرائطِ جوازِه، بل هو سُنّةٌ في

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، (٣/ ١٧٠)، برقم (١٣١٣٩)، ولفظه: «عن ابن عباس قال: جاء رسول الله ﷺ وقد اشتكى فطاف بالبيت على بعير ومعه محجن كلما مر على الحجر استلمه فلما فرغ من طوافه أناخ ثم صلى ركعتين».

(٢) أخرجه مسلم في كتاب: الحج، باب: جواز الطواف على بعير، حديث (١٢٧٣)، وأبو داود (١٨٨٠)، والنسائي (٢٩٧٥)، من حديث جابر، وفيه «طاف رسول الله ﷺ بالبيت في حجة الوداع على راحلته يستلم الحجر بمحجنه لأن يراه الناس وليشرف وليسألوه».

(٣) ليست في المخطوط.

ظاهرِ الرِّوايةِ [حتّى] لو افتتَحَ من غيرِ عُذْرٍ أجزأه مع الكراهةِ لقوله تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج :٢٩] مُطْلَقًا عن شرطِ الابتِداءِ بالحجَرِ [الأسوَدِ] إلاَّ أنّه لو لم يَبْدَأ يُكْرَه؛ لأنّه ترك السّنّةَ[١].

وذكر محمّدٌ رحمه الله في الرّقّيّاتِ إذا افتَتَحَ الطّوافَ من غيرِ الحجَرِ لم يُعتَدَّ بذلك الشّوْطِ إلاَّ أنْ يَصيرَ إلى الحجَرِ [الأسود] [٢] فيَبْدَأ منه الطّوافَ فهذا يَدُلُّ على أنّ الافتِتاحَ منه شرطُ الجوازِ، وبه أخذ الشّافعيُّ[٣]، والدّليلُ على أنّ الافتِتاحَ من الحجَرِ إمَّا على وجه السّنّةِ أو الفرضِ ما رُوِيَ أنّ إبراهيمَ ﷺ لَمَّا انتَهى في البِناءِ إلى مكانِ الحجَرِ قال لإسماعيلَ عليه الصلاة والسلام: ائْتِني بحَجَرٍ أجعَلْه عَلامةً لابتِداءِ الطّوافِ فخرج، وجاء بحَجَرٍ فقال: ائْتِني بغيرِه فأتاه بحَجَرٍ آخَرَ، فقال: ائْتِني بغيرِه فأتاه بثالثٍ فألقاه، وقال [له] [٤]: جاءني بحَجَرٍ مَنْ أغْناني عن حَجَرِكَ فرأى الحجَرَ الأسوَدَ في موضِعِه.

وَأمَّا الابتِداءُ من يمينِ الحجَرِ لا من يسارِه فليس من شَرائطِ الجوازِ بلا خلافٍ بين أصحابِنا حتّى يجوزَ الطّوافُ مَنْكوسًا بأنِ [٥] افتَتَحَ الطّوافَ عن يسارِ الحجَرِ، ويُعتَدُّ به[٦]، وعندَ الشّافعيِّ هو من شَرائطِ الجوازِ لا يجوزُ بدونِه[٧]، واحتَجَّ الشافعي بما رُوِيَ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ٤٦)، تبيين الحقائق (٢/ ١٧)، فتح القدير (٢/ ٤٥٣)، البحر الرائق (٢/ ٣٥٣)، رد المحتار (٢/ ٤٩٤ - ٤٩٥).

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) في بيان مذهب الشافعية يقول الشيرازي: «ويحاذيه - أي الحجر - ببدنه لا يجزئه غيره، وهل تجزئه المحاذاة ببعض البدن؟ فيه قولان: قال في القديم: تجزئه محاذاته ببعضه، لأنه لما جاز محاذاة ببعض الحجر جازت محاذاته ببعض البدن، وقال في الجديد: يجب أن يحاذيه بجميع البدن، لأن ما وجب فيه محاذاة البيت وجبت محاذاته بجميع البدن كالاستقبال في الصلاة». انظر المهذب مع المجموع (٨/ ٤١)، أسنى المطالب (١/ ٤٧٧)، الغرر البهية (٢/ ٢٩٦ - ٢٩٧)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١٣٢)، مغني المحتاج (٢/ ٢٤٤)، حاشية الجمل (٢/ ٤٣٣)، التجريد لنفع العبيد (٢/ ١٢٣).

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) في المخطوط: «إن».

(٦) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ٤٤)، تبيين الحقائق (٢/ ٥٩)، العناية شرح الهداية (٢/ ٤٥١)، درر الحكام (١/ ٢٢٤)، مجمع الأنهر (١/ ٢٧١)، رد المحتار (٢/ ٤٦٨).

(٧) في بيان مذهب الشافعية يقول النووي: ينبغي له في طوافه أن يجعل البيت على يساره، ويمينه إلى خارج ويدور حول الكعبة كذلك، فلو خالف فجعل البيت عن يمينه، ومَرَّ من الحجر الأسود إلى الركن اليماني لم يصح طوافه بلا خلاف عندنا» انظر المجموع شرح المهذب (٨/ ٤٥)، الأم (٢/ ١٩٣ - ١٩٤)، أسنى المطالب (١/ ٤٧٨)، الغرر البهية (٢/ ٢٩٩)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١٣٣)، تحفة المحتاج (٤/ ٧٧)، التجريد لنفع العبيد (٢/ ١٢٢).

أنّ رسولَ اللَّه ﷺ افتتَحَ الطّوافَ من يمينِ الحجَرِ لا من يسارِه، وذلك تَعليمٌ منه ﷺ مَناسِكَ الحجِّ. وقد قال ﷺ: «خُذوا عَنِّي مَناسِكَكم»[١] فتجبُ البِدايةُ بما بَدَأ به [٢] النّبيُّ ﷺ.

(ولَنا): قوله تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا۟ بِٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٢٩] مُطْلَقًا (من غيرِ) [٣] شرطِ البِدايةِ باليمينِ أو باليسارِ. وفعلُ رسولِ اللَّه ﷺ محمولٌ على الوُجوبِ، وبه نقول إنّه واجبٌ، كذا ذكره [٤] الإمامُ القاضي في شرحِه مختصَرَ الطّحاوِيّ أنّه تجبُ عليه الإعادةُ ما دامَ بمكّةَ، وإنْ رجع إلى أهلِه يجبُ عليه الدّمُ. وكذا ذكر في الأصلِ.

(ووجهُه): أنّه ترك الواجبَ، وهو قادِرٌ على استدراكِه بجِنْسِه فيجبُ عليه ذلك تَلافيًا للتَّقْصيرِ بأبلَغِ الوُجوه، وإذا رجع إلى أهلِه فقد عَجزَ عن استدراكِه [٥] الفائتَ بجِنْسِه فيستَدْرِكُه بخلافِ جِنْسِه جَبْرًا للفائتِ بالقدرِ المُمْكِنِ على ما هو الأصلُ في ضَمانِ الفوائتِ في الشّرعِ.

وذكر القُدوريُّ في شرحِه مختصَرَ الكَرْخيِّ ما يَدُلُّ على أنّه سُنّةٌ فإنّه قال: أجزَأه الطّوافُ [١/ ٢٢٦ب] ويُكْرَه، وهذا أمارةُ السّنّةِ.

[وأمّا سُنَنُه فنذكرُها عندَ بيانِ سُنَنِ الحجِّ.

ولا رملَ في هذا الطّوافِ إذا كان الطّوافُ طَوافَ اللِّقاءِ، وسَعَى عَقيبَه، وإنْ كان لم يَطُفْ طَوافَ اللِّقاءِ أو كان قد طافَ لكنّه لم يسعَ عَقيبَه فإنّه يَرْمُلُ في طَوافِ الزِّيارةِ، والأصلُ فيه أنّ الرّمَلَ سُنّةُ طَوافٍ عَقيبَه سَعيٌ، وكُلُّ طَوافٍ يكونُ بعدَه سَعيٌ يكونُ فيه رملٌ، وإلاّ فلا لما نذكرُ إنْ شاء اللَّه عندَ بيانِ سُنَنِ الحجِّ، والتّرْتيبِ بين أفعالِه] [٦].

ويُكْرَه إنْشادُ الشّعرِ، والتّحدُّثُ في الطّوافِ لما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «الطّوافُ بالبيتِ صلاةٌ فأقِلُّوا فيه الكلامَ»[٧]. ورُوِيَ [عنه] [٨] أنّه قال ﷺ: «فمَنْ نَطَقَ فيه فلا يَنْطِقْ إلاّ بخَيْرٍ»[٩]، ولأنّ ذلك يَشْغَلُه عن الدُّعاءِ، ويُكْرَه أنْ يَرْفَعَ صوتَه بالقرآنِ؛ لأنّه يتأذّى به غيرُه

(١) سبق تخريجه.
(٢) في المخطوط: «منه».
(٣) في المخطوط: «عن».
(٤) في المخطوط: «ذكر».
(٥) في المخطوط: «استدراك».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) سبق تخريجه.
(٨) زيادة من المخطوط.
(٩) سبق تخريجه.

لما يَشْغَلُه [١] ذلك عن الدُّعاءِ. ولا بَأسَ بأنْ يقرأ القرآنَ في نفسِه[٢].

وقال مالِكٌ: يُكْرَه[٣]، وإنّه غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ قراءةَ القرآنِ مندوبٌ إليها في جميعِ الأحوالِ إلاَّ في حالِ الجنابةِ، والحيضِ، ولم يوجَدْ.

ومن المشايخِ مَنْ قال: التّسبيحُ أولى؛ لأنّ محمّدًا رحمه الله ذكر لَفْظَةَ «لا بَأسَ» وهذه اللَّفْظةُ إنّما تُستَعملُ في الرّخَصِ.

ولا بَأسَ أنْ يَطوفَ، وعليه خُفَّاه أو نعلاه إذا كانا طاهرَتَيْنِ [٤] لما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه طافَ مع نعليه[٥]، ولأنّه تجوزُ الصّلاةُ مع الخفَّيْنِ والنّعلينِ، مع أنّ حكمَ الصّلاةِ أضيَقُ فلأنْ يجوزَ الطّوافُ أولى.

ولا يَرْمُلُ في هذا الطّوافِ إذا كان طافَ طَوافَ اللِّقاءِ، وسَعَى عَقيبَه، وإنْ كان لم يَطُفْ طَوافَ اللِّقاءِ أو كان قد طافَ لكنّه لم يسعَ عَقيبَه فإنّه يَرْمُلُ في طَوافِ الزِّيارةِ، والأصلُ فيه أنّ الرّمَلَ سُنّةُ طَوافٍ عَقيبَه سَعيٌ، فكُلُّ طَوافٍ [٦] بعدَ سَعيٍ يكونُ فيه رملٌ، وإلاَّ فلا، لما نذكرُ عندَ بيانِ سُنَنِ الحجِّ والتّرْتيبِ في أفعالِه إنْ شاء اللّه تعالى.

---

(١) زاد في المخطوط: «وغيره».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ٤٨)، فتح القدير (٢/ ٤٩٥)، رد المحتار (٢/ ٤٩٧).

(٣) مذهب المالكية: أن قراءة القرآن في الطواف مكروهة واستدلوا على ذلك بأنه لم يرد عن النبي ﷺ أنه قرأ في الطواف، قال ابن القاسم: «وقد كان مالك يكره القراءة في الطواف، فكيف الشعر؟ وقال مالك: ليس من السنة القراءة في الطواف»، وقال العدوي: «قال في شرح العمدة: ولا يقرأ وإن كان القرآن المجيد أفضل الذكر لأنه لم يرد أنه ﷺ قرأ في الطواف فإن فعل فليُسرَّ القراءة لئلا يشغل غيره عن الذكر. اهـ. قال بعض الشيوخ ويستثنى من القراءة كل آية دلت على دعاء وطلب من الله فلا كراهة فيها كقوله تعالى: ﴿رَبَّنَآ ءَاتِنَا فِى ٱلدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِى ٱلْآخِرَةِ حَسَنَةً﴾ [البقرة: ٢٠١]، ﴿رَبَّنَآ ءَاتِنَا مِن لَّدُنكَ رَحْمَةً﴾ [الكهف: ١٠] ونحو ذلك». انظر المدونة (١/ ٤٢٦)، المنتقى شرح الموطأ (٢/ ٢٩٨)، الخرشي (٢/ ٣٢٦)، الفواكه الدواني (١/ ٣٥٨)، حاشية العدوي (١/ ٥٣٣).

(٤) في المخطوط: «طاهرين».

(٥) لم أقف عليه من فعله ﷺ، ولكن جاء في حديث عبد الله بن عمر «سئل النبي ﷺ: ما يلبس المحرم؟ قال: لا يلبس المحرم القميص ولا العمامة ولا البرنس ولا الخفين إلا أن يجد النعلين فليلبس ما هو أسفل من الكعبين» وفيه جواز لبس النعلين للمحرم، وهو عند البخاري في كتاب: اللباس، باب: لبس القميص، حديث (٥٧٩٤)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: ما يباح للمحرم بحج أو بعمرة، حديث (١١٧٧).

(٦) زاد في المخطوط: «يكون».

[فصل] (١)

وأمَّا سُنَنُه فنذكرُها عندَ بيانِ سُنَنِ الحجِّ إنْ شاء اللَّه تعالى.

فصل

وأمَّا مكانُ الطّوافِ فمكانُه حولَ البيتِ لقوله تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج :٢٩] ، والطّوافُ بالبيتِ هو الطّوافُ حولَه فيجوزُ الطّوافُ في المسجِدِ الحرامِ قَريبًا من البيتِ أو بَعيدًا عنه بعدَ أنْ يكونَ في المسجِدِ حتّى لو طافَ من وراءِ زَمْزَمَ قَريبًا من حائطِ المسجِدِ أجزَأه لوُجودِ الطّوافِ بالبيتِ لحُصُولِه حولَ البيتِ، ولو طافَ حولَ المسجِدِ، وبينه وبين البيتِ حيطانُ المسجِدِ لم يَجز؛ لأنّ حيطانَ المسجِدِ حاجِزةٌ فلم يَطُفْ بالبيتِ لعَدَمِ الطّوافِ حولَه بل طافَ بالمسجِدِ لوُجودِ الطّوافِ حولَه لا حولَ البيتِ، ولأنّه لو جاز الطّوافُ حولَ المسجِدِ مع حَيْلولةِ حيطانِ المسجِدِ لَجاز حولَ مكّةَ، والحرَمِ، وذا لا يجوزُ كذا هذا.

ويَطوفُ من خارِجِ الحطيمِ؛ لأنّ الحطيمَ من البيتِ على لسانِ رسولِ اللَّه ﷺ فإنّه رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنّ النّبيّ ﷺ قال لها: «**[إنّ قَومَكِ]** (٢) **قَصّرَتْ بهم النّفَقةُ فقَصَروا البيتَ عن قَواعِدِ إبراهيمَ عليه الصلاة والسلام وإنّ الحطيمَ من البيتِ، ولولا حَدَثانُ عَهدِهم بالجاهِليّةِ لَرَدَدْتُه إلى قَواعِدِ إبراهيمَ، ولَجَعَلْتُ له بابَيْنِ بابًا شرقيًا، وبابًا غَربيًا**»(٣) . ورُوِيَ أنّ رجلاً نَذَرَ أنْ يُصلّيَ في البيتِ ركعتَيْنِ فأمرَه النّبيُّ ﷺ أنْ يُصلّيَ في الحطيمِ ركعتَيْنِ (٤) .

---

(١) زيادة من المخطوط. (٢) ليست في المخطوط.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: فضل مكة، حديث (١٥٨٤)، ومسلم في كتاب: الحج، باب جدر الكعبة، حديث (١٣٣٣)، والبيهقي في السنن (٥/ ٨٩)، (٩٠٩٨)، من حديث عائشة، وفيه «سألت النبي ﷺ عن الجدر أمن البيت هو؟»، قال: «نعم» ، قلت: فما لهم لم يدخلوه في البيت، قال: «إن قومك قصرت بهم النفقة»، قلت: فما شأن بابه مرتفعًا، قال: «فعل ذلك قومك ليدخلوا من شاءوا ويمنعوا من شاءوا ولولا أن قومك حديثٌ عهدهم بالجاهلية فأخاف أن تنكر قلوبهم إن أدخل الجدر في البيت وإن ألصق بابه بالأرض»، وأما قوله ﷺ: «لرددته إلى قواعد إبراهيم ولجعلت له بابين...» فهو عند البخاري في كتاب: الحج ، باب: فضل مكة، حديث (١٥٨٦)، ومسلم في كتاب الحج، باب: نقض الكعبة وبنائها، حديث (١٣٣٣)، والنسائي (٢٩٠٣)، من حديث عائشة ، وفيه «وجعلت له بابين بابًا شرقيًّا وبابًا غربيًّا فبلغت به أساس إبراهيم».

(٤) لم أقف عليه.

ورُوِيَ أنّ عائشةَ رضي الله عنها نَذَرَتْ بذلك فأمرَها النبيُّ ﷺ أنْ تُصَلِّيَ في الحطيمِ ركعتَيْنِ (١).

فإنْ قِيلَ: إذا كان الحطيمُ من البيتِ فلِمَ لا يجوزُ التّوَجُّه إليه في الصّلاةِ.

فالجوابُ أنّ كونَ الحطيمِ من البيتِ ثبت بخَبَرِ الواحِدِ، ووُجوبُ التّوَجُّه إلى البيتِ ثبت بنَصِّ الكتابِ العزيزِ، وهو قوله تعالى: ﴿وَحَيْثُ مَا كُنتُمْ فَوَلُّوا۟ وُجُوهَكُمْ شَطْرَهُۥ﴾ [البقرة :١٤٤] ، ولا يجوزُ تركُ العملِ بنَصِّ الكتابِ بالآحادِ، وليس في الطّوافِ من وراءِ الحطيمِ عَمَلًا بخَبَرِ الواحِدِ تركُ العملِ بنَصِّ الكتابِ العزيزِ، وهو قوله تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا۟ بِٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج :٢٩] بل فيه عَمَلٌ بهما جميعًا ولو طافَ في داخِلِ الحِجْرِ فعليه أنْ يُعيدَ؛ لأنّ الحطيمَ لَمَّا كان من البيتِ فإذا طافَ في داخِلِ الحطيم فقد ترك الطّوافَ ببعضِ البيتِ، والمفروضُ هو الطّوافُ بكُلِّ البيتِ لقوله تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا۟ بِٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج :٢٩] ، والأفضلُ أنْ يُعيدَ الطّوافَ كُلَّه مُراعاةً للتَّرْتيبِ فإنْ أعاد على الحِجْرِ خاصّةً أجزَأه؛ لأنّ المتروكَ هو لا غيرُ فاستَدْرَكَه (٢)، ولو لم يُعِدْ حتّى عاد إلى أهلِه يجبُ عليه الدّمُ؛ لأنّ الحطيمَ رُبْعُ البيتِ فقد ترك من طَوافِه رُبْعَه.

فصل [في وقت الطواف]

وأمّا زَمانُ هذا الطّوافِ، وهو وقتُه فأوّلُه حينَ يَطْلُعُ الفجرُ الثّاني من يومِ النّحْرِ بلا خلافٍ بين أصحابِنا حتّى لا يجوزَ قبلَه (٣).

وقال الشّافعيُّ: أوّلُ وقتِه مُنْتَصَفُ ليلةِ النّحْرِ (٤)، وهذا غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ ليلةَ النّحْرِ، وقتُ رُكْنٍ آخَرَ، وهو الوُقوفُ بعَرَفَةَ فلا يكونُ وقتًا للطّوافِ؛ لأنّ الوقتَ الواحِدَ لا يكونُ وقتًا لرُكْنَيْنِ.

وليس لآخِرِه زَمانٌ مُعَيّنٌ موَقَّتٌ به فرضًا بل جميعُ الأيّامِ واللّيالي وقتُه فرضًا بلا خلافٍ بين أصحابِنا لكنّه موَقَّتٌ بأيّامِ النّحْرِ وُجوبًا في قولِ أبي حنيفةَ حتّى لو أخَّرَه عنها فعليه دَمٌ

---

(١) لم أقف عليه.

(٢) في المخطوط: «وقد استدركه».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: فتح القدير (٢/ ٤٩٣، ٤٩٤)، (٣/ ٦١).

(٤) مذهب الشافعية: أن أول وقته من نصف الليل ليلة النحر وأفضله ضحى نهار يوم النحر، انظر: المجموع للنووى (٨/ ١٩٦ - ٢٠٢).

عندَه [١]، وفي قولِ أبي يوسفَ، ومحمّدٍ غيرُ موقَّتٍ أصلاً، ولو أخَّرَه عن أيّامِ النَّحْرِ [١/ ٢٢٧أ] لا شيءَ عليه، وبه أخذ الشّافعيُّ، واحتَجُّوا بما رُوِيَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ سُئِلَ عَمَّنْ ذَبَحَ قبلَ أنْ يَرْمِيَ فقال: «ارمِ، ولا حَرَجَ»[٢]، وما سُئِلَ يومَئذٍ عن أفعالِ الحجِّ قُدِّمَ شيءٌ منها أو أُخِّرَ إلاَّ قال «افعَلْ، ولا حَرَجَ». فهذا يَنْفي تَوْقيتَ آخِرِه، ويَنْفي وُجوبَ الدّمِ بالتّأخيرِ، ولأنّه لو توقَّتَ آخِرُه لَسَقَطَ بمُضيِّ آخِرِه كالوُقوفِ بعَرَفةَ فلَمّا لم يسقُطْ دَلَّ أنّه لم يتوقَّتْ.

ولأبي حنيفةَ: أنّ التّأخيرَ بمنزِلةِ التّرْكِ في حَقِّ وُجوبِ الجابرِ بدليلِ أنّ مَنْ جاوَزَ الميقاتَ بغيرِ إحرامٍ ثمّ أحرم يلزَمُه دَمٌ، و[لو] [٣] لم يوجَدْ منه إلاَّ تَأخيرُ الشّكِّ، وكذا تَأخيرُ الواجبِ في بابِ الصّلاةِ بمنزِلةِ التّرْكِ في حَقِّ وُجوبِ الجابرِ، وهو سجدتا السّهوِ فكان الفقه في ذلك أنّ أداءَ الواجبِ كما هو، واجبٌ فمُراعاةُ مَحَلِّ الواجبِ، واجبٌ فكان التّأخيرُ تركًا للمُراعاةِ الواجبةِ، وهي مُراعاتُه في مَحَلِّه، والتّرْكُ تركًا لواجبَيْنِ أحدُهما أداءُ الواجبِ في نفسِه، والثّاني مُراعاتُه في مَحَلِّه فإذا ترك هذا الواجبَ يجبُ جَبْرُه بالدّمِ.

وإذا توقَّتْ هذا الطّوافُ بأيّامِ النّحْرِ وُجوبًا عندَه فإذا أخَّرَه عنها فقد ترك الواجبَ فأوجب ذلك نُقْصانًا فيجبُ جَبْرُه بالدّمِ، ولَمّا لم يتوقَّتْ عندَهما ففي أيِّ وقتٍ فعله فقد فعله في وقتِه فلا يتمكّنُ فيه نَقْصٌ فلا يلزَمُه شيءٌ، ولا حُجّةَ لهما في الحديثِ؛ لأنّ فيه نَفْيَ الحرَجِ، وهو نَفْيُ الإثمِ، وانتِفاءُ الإثمِ لا يَنْفي وُجوبَ الكفّارةِ كما لو حَلَقَ رأسَه لأذًى فيه: أنّه لا يَأثَمُ، وعليه الدّمُ كذا ههنا.

وقولُهما: إنّه لا يسقُطُ بمُضيِّ آخِرِ الوقتِ مُسَلَّمٌ، لكنّ هذا لا يمنَعُ كونَه موَقَّتًا، وواجبًا في الوقتِ كالصّلواتِ المكتوباتِ أنّها لا تسقُطُ بخُروجِ أوقاتِها، وإنْ كانتْ موَقَّتةً حتّى تُقْضَى كذا هذا، والأفضلُ هو الطّوافُ في أوّلِ أيّامِ النّحْرِ لقولِه ﷺ: «**أيّامُ النّحرِ ثلاثةٌ أوّلُها أفضلُها**»[٤]. وقد رُوِيَ أنّه ﷺ طافَ في أوّلِ أيّامِ النّحْرِ[٥]، ومعلومٌ

---

(١) في المخطوط: «عند أبي حنيفة».

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: الفُتيا على الدابة عند الجمرة، حديث (١٧٣٦)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: من حلق قبل النحر، حديث (١٣٠٦)، من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص.

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) أورده أبو الطيب في «عون المعبود» (٥/ ٣١١).

أنّه كان يَأتي بالعِباداتِ في أفضلِ أوقاتها، ولأنّ هذا الطّوافَ يَقَعُ به تَمامُ التّحَلُّلِ، وهو التّحَلُّلُ من النِّساءِ فكان في تَعجيلِه صيانةُ نفسِه عن الوُقوعِ في الجِماعِ، ولُزومِ البدنةِ فكان أولى.

فصل [في مقدار الطواف]

وأمّا مقدارُه: فالمقدارُ المفروضُ منه هو أكثرُ الأشواطِ، وهو ثلاثةُ أشواطٍ، وأكثرُ الشّوْطِ الرّابعِ، فأمّا الإكمالُ فواجبٌ، وليس بفَرْضٍ حتّى لو جامع بعدَ الإتيانِ بأكثرِ الطّوافِ قبلَ الإتمامِ لا يلزَمُه البدنةُ، وإنّما تَلْزَمُه الشّاةُ، وهذا عندَنا[1]، وقال الشّافعيُّ الفرضُ هو سبعةُ أشواطٍ لا يتحَلَّلُ (بما دونَها)[2] [3].

وجه قولِه: أنّ مَقاديرَ العِباداتِ لا تُعرَفُ بالرّأيِ، والاجتِهادِ، وإنّما تُعرَفُ بالتّوْقيفِ ورسولُ اللَّه ﷺ طافَ سبعةَ أشواطٍ فلا يُعتَدُّ بما دونَها.

(ولَنا): قوله تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ [الحج:٢٩]، والأمرُ المُطْلَقُ لا يقتضي التّكرارَ إلاّ أنّ الزّيادةَ على المرّةِ الواحِدةِ إلى أكثرِ الأشواطِ ثبت بدليلٍ آخَرَ، وهو الإجماعُ، ولا إجماعَ في الزّيادةِ على أكثرِ الأشواطِ، ولأنّه أتى بأكثرِ الطّوافِ، والأكثرُ يقومُ مَقامَ الكُلِّ فيما يَقَعُ به التّحَلُّلُ في بابِ الحجِّ كالذَّبْحِ إذا لم يستَوْفِ قَطْعَ العُروقِ الأربعةِ، وإنّما كان المفروضُ هذا القدرَ فإذا أتى به فقد أتى بالقدرِ المفروضِ فيَقَعُ به التّحَلُّلُ فلا يلزَمُه البدنةُ بالجِماعِ بعدَ ذلك؛ لأنّ ما زادَ عليه إلى تَمامِ السّبْعةِ فهو واجبٌ، وليس بفَرْضٍ فتجبُ بتركِه الشّاةُ دونَ البدنةِ كرَمْيِ الجِمارِ، واللَّه تعالى أعلمُ.

فصل [في حكم الطواف إذا فات]

وأمّا حكمُه إذا فاتَ عن أيّامِ النّحْرِ فهو أنّه لا يسقُطُ بل يجبُ أنْ يَأتيَ به؛ لأنّ سائرَ الأوقاتِ وقتُه، بخلافِ الوُقوفِ بعَرَفةَ أنّه إذا فاتَ عن وقتِه يسقُطُ؛ لأنّه موَقَّتٌ بوقتٍ مخصُوصٍ ثمّ إنْ كان بمكّةَ يَأتي به بإحرامِه الأوّلِ؛ لأنّه قائمٌ؛ إذِ التّحَلُّلُ بالطّوافِ، ولم

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: فتح القدير (٢/ ٤٤٦ - ٤٥٣).
(٢) انظر في مذهب الشافعية: المجموع للنووي (٨/ ١٧، ١٨).
(٣) في المخطوط: «بدونها».

يوجَدْ، وعليه لتَأخيرِه عن أيّامِ النّحْرِ دَمٌ عندَ أبي حنيفةَ، وإنْ كان رجع إلى أهلِه فعليه أنْ يرجعَ إلى مكّةَ بإحرامِه الأوّلِ، ولا يحتاجُ إلى إحرامٍ جديدٍ، وهو مُحَرَّمٌ عن النِّساءِ إلى أنْ يَعودَ فيَطوفَ، وعليه للتَّأخيرِ دَمٌ عندَ أبي حنيفةَ. ولا يُجْزِئُ عن هذا الطّوافِ بَدَنةٌ؛ لأنّه رُكْنٌ، وأركانُ الحجِّ لا يُجْزِئُ عنها البدلُ، ولا يقومُ غيرُها مَقامها بل يجبُ الإتيانُ بعَيْنِها كالوُقوفِ بعَرَفةَ.

وكذا لو كان طافَ ثلاثةَ أشواطٍ فهو والذي لم يَطُفْ سَواءٌ؛ لأنّ الأقَلَّ لا يقومُ مَقام الكُلِّ، وإنْ كان طافَ جُنُبًا أو على غيرِ وضوءٍ أو طافَ أربعةَ أشواطٍ ثمّ رجع إلى أهلِه.

أمّا إذا طافَ جُنُبًا فعليه أنْ يَعودَ إلى مكّةَ لا مَحالةَ هو العزيمةُ، وبِإحرامٍ جديدٍ حتّى يُعيدَ الطّوافَ، أمّا وُجوبُ العوْدِ بطَريقِ العزيمةِ فلِتفاحُشِ النُّقْصانِ بالجنابةِ فيُؤْمرُ بالعوْدِ كما لو ترك أكثرَ الأشواطِ.

وأمّا [١/ ٢٢٧ب] تجديدُ الإحرامِ فلأنّه حَصلَ التّحَلُّلُ بالطّوافِ مع الجنابةِ على أصلِ أصحابِنا، والطّهارةُ عن الحدَثِ، والجنابةِ ليستْ بشرطٍ لجوازِ الطّوافِ فإذا حَصلَ التّحَلُّلُ صار حَلالاً، والحلالُ لا يجوزُ له دخولُ مكّةَ بغيرِ إحرامٍ، فإنْ لم يَعُدْ إلى مكّةَ لكنّه بَعَثَ بَدَنةً جاز لما ذكرنا أنّ البدنةَ تجبُرُ النّقْصَ بالجنابةِ؛ لأنّ [(١)] العزيمةَ هو العوْدُ؛ لأنّ النُّقْصانَ فاحِشٌ فكان العوْدُ أجبرَ له؛ لأنّه جَبْرٌ بالجِنْسِ.

وأمّا إذا طافَ مُحْدِثًا أو طافَ أربعةَ أشواطٍ فإنْ عاد وطافَ جاز؛ لأنّه جَبَرَ النّقْصَ بجِنْسِه، وإنْ بَعَثَ شاةً جاز أيضًا؛ لأنّ النّقْصَ يسيرٌ فيَنْجبِرُ بالشّاةِ، والأفضلُ أنْ يَبْعَثَ بالشّاةِ؛ لأنّ الشّاةَ تجبُرُ النّقْصَ، وتنفعُ الفُقراءَ، وتَدْفَعُ عنه مَشقّةَ الرّجوعِ، وإنْ كان بمكّةَ فالرّجوعُ [(٢)] أفضلُ؛ لأنّه جَبْرُ الشّيءِ بجِنْسِه [(٣)] فكان أولى، واللّه تعالى أعلمُ.

فصل [في واجبات الحج]

وأمّا واجباتُ الحجِّ فخمسةٌ: السّعيُ بين الصّفا والمروةِ، والوُقوفُ بمُزْدَلِفةَ، ورَمْيُ الجِمارِ، والحلْقُ أو التّقْصيرُ، وطَوافُ الصّدْرِ.

---

(١) في المخطوط: «إلا أن».

(٢) في المخطوط: «فالإعادة».

(٣) في المخطوط: «بنفسه».

أمّا السّعيُ فالكلامُ فيه يَقعُ في مواضعَ:

في بيانِ صِفَتِه.

وفي بيانِ قدرِه.

وفي بيانِ رُكْنِه.

وفي بيانِ شَرائطِ جوازِه.

وفي بيانِ سُنَنِه.

وفي بيانِ وقتِه.

وفي بيانِ حكمِه إذا تَأخَّرَ عن وقتِه.

أمّا الأوّلُ: فقد قال أصحابُنا: إنّه واجبٌ[1]، وقال الشّافعيُّ: إنّه فرضٌ[2] حتّى لو ترك الحاجُّ خُطْوةً منه، وأتَى أقصَى بلادِ المسلمينَ يُؤْمرُ بأنْ يَعودَ إلى ذلك الموضِعِ فيَضعَ قَدَمَه [عليه][3]، ويخطو تلك الخطوةَ.

وقال بعضُ النّاسِ: ليس بفَرْضٍ ولا واجبٍ، واحتَجَّ هَؤُلاءِ بقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَمَنْ حَجَّ ٱلْبَيْتَ أَوِ ٱعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَاۚ﴾ [البقرة:١٥٨]، وكَلِمةُ «لا جُناحَ» لا تُستعملُ في الفرائضِ، والواجباتِ، ويَدُلُّ عليه قراءةُ أُبَيٍّ «فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَلاَّ يَطَّوَّفَ بِهِمَا».

واحتَجَّ الشّافعيُّ بما رُوِيَ عن صَفيّةَ بنتِ فُلانٍ أنّها سَمِعَتِ امرأةً سألتْ رسولَ اللَّه ﷺ عن ذلك فقال: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى كَتَبَ عَلَيْكُمُ السَّعْيَ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ»[4] أي فرَضَ عليكم؛

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٠٧، ٤٠٩) أحكام القرآن للجصاص (١/ ٩٦ - ٩٨)، المبسوط (٤/ ٥٠، ٥١)، فتح القدير (٢/ ٤٦٠ - ٤٦٢)، (٣/ ٥٩)، البناية (٤/ ٨٧ - ٨٩، ٢٩٠).

(٢) انظر في مذهب الشافعية: حلية العلماء (٣/ ٢٨٨)، المجموع شرح المهذب (٨/ ٦٣، ٧٧، ٧٨)، فتح العزيز بذيل المجموع (٧/ ٣٤٨).

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) أخرجه الشافعي (ص٣٧٢)، وهو عند أحمد، (٢٦٨٢٢)، والبيهقي في السنن (٥/ ٩٨)، (٩١٤٩)، والدارقطني (٢/ ٢٥٥)، (٨٦)، وابن خزيمة (٤/ ٢٣٢)، (٢٧٦٤)، والطبراني في الكبير (٢٤/ ٢٢٦)، (٥٧٣)، وذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٥٥)، من حديث صفية بنت شيبة عن حبيبة بنت أبي تِجرَاة، وقال: عبد الله بن المؤمل سيئ الحفظ وقد اضطرب في هذا الحديث اضطرابًا كثيرًا. قلت: والحديث صحيح كما في الإرواء (١٠٧٢).

إذِ الكتابةُ عِبارةٌ عن الفرضِ كما في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾ [البقرة:١٨٣] و[قوله] ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ﴾ [البقرة:١٧٨]، وغيرِ ذلك.

(ولنا): قولُه عزَّ وجلَّ: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾ [آل عمران:٩٧]، وحِجُّ البيتِ هو زيارةُ البيتِ لما ذكرنا فيما تقدَّمَ، فظاهرُه يقتضي أنْ يكونَ طَوافُ الزِّيارةِ هو الرّكْنَ لا غيرُ، إلاَّ أنّه زيدَ عليه الوُقوفُ بعَرَفَةَ بدليلٍ، فمَنِ ادَّعى زيادةَ السّعي فعليه الدّليلُ وقولُ النّبيِّ ﷺ **«الحجُّ عَرَفةَ»** [١] فظاهرُه يقتضي أنْ يكونَ الوُقوفُ بعَرَفةَ كُلَّ الرّكْنِ إلاَّ أنّه زيدَ عليه طَوافُ الزِّيارةِ فمَنِ ادَّعى زيادةَ السّعيِ فعليه الدّليلُ.

وعن عائشةَ رضي الله عنها أنّها قالتْ: ما تَمَّ حَجُّ امرِئٍ قَطُّ إلاَّ بالسّعيِ [٢]، وفيه إشارةٌ إلى أنّه واجبٌ، وليس بفَرْضٍ؛ لأنّها وصَفَتِ الحجَّ بدونِه بالنُّقْصانِ لا بالفسادِ، وفَوْتُ الواجبِ هو الذي يوجِبُ النُّقْصانَ، فأمَّا فوتُ الفرضِ فيوجِبُ الفسادَ، والبُطْلانَ، ولأنّ الفرضيّةَ إنّما ثبتتْ [٣] بدليلٍ مقطوعٍ به، ولا يوجَدُ ذلك في مَحَلِّ الاجتِهادِ إذا كان الخلافُ بين أهلِ الدِّيانةِ.

وأمَّا الآيةُ فليس المُرادُ منها رَفْعَ الجُناحِ على الطّوافِ بهما مُطْلَقًا بل على الطّوافِ بهما لمكانِ الأصنامِ التي كانتْ هنالك، لما قِيلَ: إنّه كان بالصّفا صَنَمٌ، وبالمروةِ صَنَمٌ، وقيلَ: كان بين الصّفا والمروةِ أصنامٌ فتحرَّجوا عن الصُّعودِ عليهما، (أو السّعيِ) [٤] بينهما احتِرازًا عن التّشبُّه بعِبادةِ الأصنامِ، [والتّشبُّه بأفعالِ الجاهِليّةِ فرفع اللّه عنهم الجُناحَ بالطّوافِ بهما أو بينهما مع كونِ الأصنامِ هنالك] [٥].

وأمَّا قراءةُ أبي رضي الله عنه فيُحْتَمَلُ أنْ تكونَ «لا» صِلةً زائدةً، معناه لا جُناحَ عليه أنْ يَطَّوَّفَ بينهما [٦]؛ لأنّ «لا» قد تُزادُ في الكلامِ صِلةً كقولِه تعالى: ﴿مَا مَنَعَكَ أَلَّا تَسْجُدَ إِذْ أَمَرْتُكَ﴾ [الأعراف:١٢] معناه أنْ تسجُدَ فكان كالقراءةِ المشهورةِ في المعنى.

وأمَّا الحديثُ: فلا يَصِحُّ تَعلُّقُ الشّافعيِّ به على زَعمِه؛ لأنّه قال: رَوَتْ صَفيّةُ بنتُ فُلانٍ

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) أورده ابن حجر في «التغليق»، (٣/ ١٢٠)، ولفظه: «عن عائشة قالت: ما تم حج امرئ ولا عمرته حتى يطوف بين الصفا والمروة».
(٣) في المخطوط: «تثبت».
(٤) في المطبوع: «والسعي».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «بهما».

فكانتْ مجهولةً لا نَدْري مَنْ هي، والعجَبُ منه أنّه يَأبَى مرّةً قَبولَ المراسيلِ لتوهُّم الغلَطِ، ويحتجُّ بقولِ امرأةٍ لا تُعرَفُ، ولا يذكرُ اسمَها على أنّه إنْ ثبت فلا حُجَّةَ له فيه؛ لأنّ الكُنْيَةَ قد تُذْكَرُ، ويُرادُ بها الحكمُ قال اللّه تعالى: ﴿[وَأُولُوا الْأَرْحَامِ] (١) بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال:٧٥] أي في حكمِ اللّه، وقال عزَّ وجَلَّ ﴿كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء:٢٤] [كتب اللّه عليكم] أي حَكَمَ اللّه عليكم فإنْ أُريدَ بها الأوّلُ تكونُ حُجَّةً، وإنْ أُريدَ بها الثّاني لا تكونُ حُجَّةً؛ لأنّ حكمَ اللّه تعالى لا يقتصِرُ على الفرضيّةِ، بل الوُجوبُ، والانتِدابُ والإباحةُ من حكمِ اللّه تعالى فلا يكونُ حُجَّةً مع الاحتِمالِ أو نحمِلُها على الوُجوبِ دونَ الفرضيّةِ تَوْفيقًا بين الدّلائلِ صيانةً لها عن التّناقُضِ.

وإذا كان واجبًا فإنْ تركه لعُذْرٍ فلا شيءَ عليه، وإنْ تركه لغيرِ عُذْرٍ لَزِمَه دَمٌ؛ لأنّ هذا حكمُ [١/ ٢٢٨أ] تركِ الواجبِ في هذا البابِ أصلُه طَوافُ الصّدْرِ، وأصلُ ذلك ما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «مَنْ حَجَّ هذا البيتَ فلْيكنْ آخِرُ عَهْدِه بالبيتِ الطّوافَ»(٢)، ورَخَّصَ للحائضِ، بخلافِ الأركانِ فإنّها لا تسقُطُ بالعُذْرِ؛ لأنّ رُكْنَ الشّيءِ ذاتُه فإذا لم يَأتِ به فلم يوجَدِ الشّيءُ أصلًا كأركانِ الصّلاةِ بخلافِ الواجبِ.

ولو ترك أربعةَ أشواطٍ بغيرِ عُذْرٍ فعليه دَمٌ.

والأصلُ أنّ كُلَّ ما وجب في جميعِه دَمٌ يجبُ في أكثرِه دَمٌ، أصلُه طَوافُ الصّدْرِ، ورَمْيُ الجِمارِ، ولو ترك ثلاثةَ أشواطٍ أطعَمَ لكُلِّ شوْطٍ نصفَ صاعٍ من بُرٍّ مِسكينًا إلاّ أنْ يُبْلِغَه ذلك دَمًا فلَه الخيارُ، والأصلُ في ذلك أنّ كُلَّ ما يكونُ في جميعِه دَمٌ يكونُ في أقَلِّه صَدَقةٌ لما نذكرُ إنْ شاء اللّه تعالى.

ولو ترك الصُّعودَ على الصّفا والمروةِ يُكْرَه له ذلك، ولا شيءَ عليه؛ لأنّ الصُّعودَ عليهِما سُنّةٌ فيُكْرَه تركُه، ولكنْ لو ترك لا شيءَ عليه كما لو ترك الرّمَلَ في الطّوافِ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) أخرجه أحمد، (١٥٠١٦)، والطبراني في الكبير (٣/ ٢٦٣)، (٣٣٥٤) من حديث الحارث بن عبد الله الثقفي، وأصله عند البخاري في كتاب: الحج، باب: طواف الوداع، حديث (١٧٥٥)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: وجوب طواف الوداع وسقوطه عن الحائض، حديث (١٣٢٨)، من حديث ابن عباس وفيه «أُمِرَ النّاسُ أن يكون آخر عهدهم بالبيت، إلا أنه خفف عن المرأة الحائض» وحديث الحارث صحيح كما في صحيح الجامع (٦١٩٨).

فصل [في قدر السعي]

وأمَّا قدرُه: فسبعةُ أشواطٍ لإجماعِ الأُمَّةِ، ولِفعلِ رسولِ اللَّه ﷺ ويَعُدُّ من الصّفا إلى المروةِ شوْطًا، ومن المروةِ إلى الصّفا شوْطًا آخَرَ، كذا ذكر في الأصلِ، وقال الطّحاوِيُّ: من الصّفا إلى المروةِ، ومن المروةِ إلى الصّفا شوْطٌ واحِدٌ، والصّحيحُ ما ذُكِرَ في الأصلِ لما رُوِيَ أنّ النّبيّ ﷺ طافَ بينهما سبعةَ أشواطٍ[1]، ولو كان كما ذكره الطّحاوِيُّ لَكان أربعةَ عشرَ شوْطًا، والدّليلُ على أنّ المذهبَ ما قلنا أنّ محمّدًا رحمه الله ذكر في الأصلِ فقال يَبْتَدِئُ بالصّفا، ويختِمُ بالمروةِ، وعلى ما ذكره الطّحاوِيُّ يَقَعُ الختْمُ بالصّفا لا بالمروةِ فدَلَّ أنّ مذهبَ أصحابِنا ما ذكرنا.

فصل [في ركن السعي]

وأمَّا رُكْنُه: فكَيْنونَتُه بين الصّفا والمروةِ سَواءٌ كان بفعلِ نفسِه أو بفعلِ غيرِه عندَ عَجْزِه عن السّعيِ بنفسِه بأنْ كان مُغْمًى عليه أو مريضًا فسَعَى به محمولاً أو سَعَى راكِبًا لحُصُولِه كائنًا بين الصّفا والمروةِ، وإنْ كان قادِرًا على المشيِ بنفسِه فحُمِلَ أو رَكِبَ يلزَمُه الدّمُ؛ لأنّ السّعيَ بنفسِه عندَ القُدْرةِ على المشيِ واجبٌ فإذا تركه فقد ترك الواجبَ من غيرِ عُذْرٍ فيلزَمُه الدّمُ كما لو ترك المشيَ في الطّوافِ من غيرِ عُذْرٍ.

فصل [في شرائط جواز السعي]

وأمَّا شَرائطُ جوازِه:

فمنها: أنْ يكونَ بعدَ الطّوافِ أو بعدَ أكثرِه؛ لأنّ النّبيّ ﷺ هكذا فعل. وقد قال ﷺ: «خُذوا عَنّي مَناسِكَكم»[2]، ولأنّ السّعيَ تَبَعٌ للطّوافِ، وتَبَعُ الشّيءِ كاسمِه، وهو أنْ يَتْبَعَه فيما تقَدَّمَه لا فيما يَتْبَعُه فلا يكونُ تَبَعًا له إلاّ أنّه يجوزُ بعدَ وُجودِ أكثرِ الطّوافِ قبلَ تَمامِه؛ لأنّ للأكثرِ حكمَ الكُلِّ.

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: ما جاء في السعي، حديث (١٦٤٦)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: بيان جواز التحلل بالإحصار، حديث (١٢٣٠)، من حديث عبد الله بن عمر.
(٢) سبق تخريجه.

وَمنها: البِدايةُ بالصّفا، والخَتْمُ بالمروةِ في الرِّوايةِ المشهورةِ حتّى لو بَدَأ بالمروةِ، وخَتَمَ بالصّفا لَزِمَه إعادةُ شوْطٍ واحِدٍ. ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ رحمه الله تعالى أنّ ذلك ليس بشرطٍ، ولا شيءَ عليه لو بَدَأ بالمروةِ.

وجه هذه الرِّوايةِ: أنّه أتَى بأصلِ السّعيِ، وإنّما ترك التّرْتيبَ فلا تَلْزَمُه الإعادةُ، كما لو توضّأ في بابِ الصّلاةِ وترك التّرْتيبَ.

(ولَنا): أنّ التّرْتيبَ ههنا مَأمورٌ به لقولِ النّبيِّ ﷺ وفعلِه.

أمّا قولُه فلِما رُوِيَ أنّه لما نزل قوله عز وجل ﴿إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلْمَرْوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة :١٥٨] قالوا: بأيِّهما نَبْدَأُ يا رسولَ اللّه؟ فقال ﷺ «ابدءُوا بما بَدَأ اللّه به»[(١)].

وأمّا فعلُه ﷺ فإنّه بَدَأ بالصّفا، وخَتَمَ بالمروةِ، وأفعالُ النّبيِّ ﷺ في مثلِ هذا موجِبةٌ لما تَبيَّنَ، وإذا لَزِمَتِ البِدايةُ بالصّفا فإذا بَدَأ بالمروةِ إلى الصّفا لا يُعتَدُّ بذلك الشّوْطِ فإذا جاء من الصّفا إلى المروةِ كان هذا أوّلَ شوْطٍ فيجبُ عليه أنْ يَعودَ بعدَ سِتّةٍ من الصّفا إلى المروةِ حتّى يُتِمَّ سبعةً.

وَأمّا الطّهارةُ عن الجنابةِ والحيضِ فليستْ بشرطٍ فيجوزُ سَعيُ الجُنُبِ، والحائضِ بعدَ أنْ كان طَوافُه بالبيتِ على الطّهارةِ عن الجنابةِ والحيضِ؛ لأنّ هذا نُسُكٌ غيرُ مُتَعَلِّقٍ بالبيتِ فلا تُشْتَرَطُ له الطّهارةُ عن الجنابةِ والحيضِ كالوُقوفِ، إلاّ أنّه يُشْتَرَطُ أنْ يكونَ الطّوافُ على الطّهارةِ عن الجنابةِ والحيضِ؛ لأنّ السّعيَ مُرَتَّبٌ عليه ومن تَوابِعِه، والطّوافُ مع الجنابةِ والحيضِ لا يُعتَدُّ به حتّى تجبَ إعادتُه فكذا السّعيُ الذي هو من تَوابِعِه ومُرَتَّبٌ عليه فإذا كان طَوافُه على الطّهارةِ عن الحدَثَيْنِ فقد وُجِدَ شرطُ جوازِه فجاز، وجاز سَعيُ الجُنُبِ، والحائضِ تَبَعًا له لوُجودِ شرطِ جوازِ الأصلِ؛ إذِ التّبَعُ لا يُفْرَدُ بالشّرطِ بل يَكْفيه شرطُ الأصلِ فصار الحاصِلُ أنّ حُصُولَ الطّوافِ على الطّهارةِ عن الجنابةِ والحيضِ من شَرائطِ جوازِ السّعيِ فإنْ كان طاهرًا وقتَ الطّوافِ جاز السّعيُ، سَواءٌ كان طاهرًا وقتَ

(١) أخرجه النسائي في كتاب: مناسك الحج، باب: القول بعد ركعتي الطواف، حديث (٢٩٦٢)، والبيهقي في السنن (١/ ٨٥)، (٤٠٤)، والدارقطني (٢/ ٢٥٤)، (٧٩) من حديث جابر بن عبد الله قلت: وهو ضعيف بهذا اللفظ، وانظر ضعيف الجامع (٣٦)، وقال الألباني في «تمام المنة» (ص٨٨): الحديث بهذا اللفظ شاذ غير صحيح والمحفوظ إنما بلفظ «أبدأ» بصيغة الخبر وليس بصيغة الأمر.

السّعيِ، أو لا، وإنْ لم يكنْ طاهرًا، وقتَ الطّوافِ لم يَجز سَعيُه رأسًا، سَواءٌ كان طاهرًا، أو لم يكنْ، واللهُ أعلَمُ.

[فصل في سنن السعي]

وأمّا سُنَنُه: فالرّمَلُ في بعضِ [١/ ٢٢٨ب] كُلِّ شوْطٍ، والسّعيُ في البعضِ، وسَنذكرُها في بيانِ سُنَنِ الحجِّ؛ لأنّها من السّنَنِ لا من الواجباتِ، حتّى لو رملَ في الكُلِّ أو سَعَى في الكُلِّ لا شيءَ عليه لكنّه يكونُ مُسيئًا لتركِه السّنّةَ، واللهُ أعلَمُ.

فصل

وأمّا وقتُه: فوقتُه الأصليُّ يومُ النّحْرِ بعدَ طَوافِ الزِّيارةِ لا بعدَ طَوافِ اللِّقاءِ؛ لأنّ ذلك سُنّةٌ، والسّعيُ واجبٌ فلا ينبغي أنْ يُجعَلَ الواجبُ تبَعًا للسُّنّةِ فأمّا طَوافُ الزِّيارةِ ففَرْضٌ، والواجبُ يجوزُ أنْ يُجْعَلَ تبَعًا للفَرْضِ إلاّ أنّه رُخِّصَ السّعيُ بعدَ طَوافِ اللِّقاءِ، وجُعِلَ ذلك، وقتًا له ترفيهًا بالحاجِّ، وتَيْسيرًا له لازْدِحام الأشغال [١] له يومَ النّحْرِ فأمّا وقتُه الأصليُّ فيومُ النّحْرِ عَقيبَ طَوافِ الزِّيارةِ لما قلنا [٢]، واللهُ أعلَمُ.

فصل

وأمّا بيانُ حكمِه إذا تأخّرَ عن وقتِه الأصليِّ، وهي أيّامُ النّحْرِ بعدَ طَوافِ الزِّيارةِ فإنْ كان لم يرجع إلى أهلِه فإنّه يسعَى، ولا شيءَ عليه؛ لأنّه أتى بما وجب عليه، ولا يلزَمُه بالتّأخيرِ شيءٌ؛ لأنّه فعله في وقتِه الأصليِّ، وهو ما بعدَ طَوافِ الزِّيارةِ، ولا يَضُرُّه إنْ كان قد جامع لوُقوعِ التّحَلُّلِ بطَوافِ الزِّيارةِ؛ إذِ السّعيُ ليس برُكْنٍ حتّى يمنَعَ التّحَلُّلَ، وإذا صار حَلالاً بالطّوافِ فلا فَرْقَ بين أنْ يسعَى قبلَ الجِماعِ أو بعدَه، غيرَ أنّه لو كان بمكّةَ يسعَى، ولا شيءَ عليه لما قلنا، وإنْ كان رجع إلى أهلِه فعليه دَمٌ لتركِه السّعيَ بغيرِ عُذْرٍ، وإنْ أرادَ أنْ يَعودَ إلى مكّةَ يَعودُ بإحرام جَديدٍ؛ لأنّ إحرامَه الأوّلَ قد ارتفَعَ بطَوافِ الزِّيارةِ لوُقوعِ التّحَلُّلِ به فيحتاجُ إلى تجديدِ الإحرام، وإذا عاد وسَعَى يسقُطُ عنه الدّمُ؛ لأنّه تدارَكَ التّرْكَ [٣]، وذكر في الأصلِ، وقال: والدّمُ أحَبُّ إلَيّ من الرّجوعِ؛ لأنّ فيه مَنْفَعةً للفُقراءِ،

---

(١) في المطبوع: «الاشتغال».

(٢) في المخطوط: «بيّنا».

(٣) في المخطوط: «المتروك».

والنُّقْصانُ ليس بفاحِشٍ فصار كما إذا طافَ مُحْدِثًا ثمّ رجع إلى أهلِه على ما ذكرنا فيما تقَدَّمَ، واللهُ أعلَمُ.

فصل [في الوقوف بمزدلفة]

وأمَّا الوُقوفُ بمُزْدَلِفةَ: فالكلامُ فيه يَقَعُ في مواضعَ: في بيانِ صِفَتِه، ورُكْنِه، ومكانِه، وزَمانِه، وحكمِه إذا فاتَ عن وقتِه.

أمّا الأوّلُ: فقد اختلف فيه أصحابُنا، قال بعضُهم: إنّه واجبٌ[١]، وقال الليثُ: إنّه فرضٌ، وهو قولُ الشّافعيِّ[٢]، واحتَجّا بقولِه تعالى: ﴿فَإِذَآ أَفَضۡتُم مِّنۡ عَرَفَٰتٖ فَٱذۡكُرُواْ ٱللَّهَ عِندَ ٱلۡمَشۡعَرِ ٱلۡحَرَامِۖ﴾ [البقرة:١٩٨]، والمشعَرُ الحرامُ هو المُزْدَلِفةُ، والأمرُ بالذِّكْرِ عندَها[٣] يَدُلُّ على فرضيّةِ الوُقوفِ بها.

(ولَنا): أنّ الفرضيّةَ لا تَثْبُتُ إلاَّ بدليلٍ مقطوعٍ به، ولم يوجَدْ؛ لأنّ المسألةَ اجتِهاديّةٌ بين أهلِ الدِّيانةِ، وأهلُ الدِّيانةِ لا يختلفونَ في موضِعٍ، هناك دليلٌ قَطْعيٌّ[٤]، ودليلُ الوُجوبِ ما رُوِيَ عن عُرْوةَ بنِ مُضَرِّسٍ الطّائيِّ جاء إلى النّبيِّ ﷺ وقال: أتعبْتُ مَطيّتي فما مرَرْتُ بشَرَفٍ إلاَّ عَلوتُه فهل لي من حَجٍّ، وفي بعضِ الرِّواياتِ قال: أتعَبْتُ راحِلَتي وأجهَدْتُ نفسي، وما تَرَكْتُ جَبَلاً من جِبالِ طَيِّئٍ إلاَّ وقَفْتُ عليه فهل لي من حَجٍّ؟، فقال رسولُ اللَّه ﷺ: **«مَن وقَفَ معنا هذا الموقف، وصلّى معنا هذه الصّلاةَ وقد كان وقَفَ قبلَ ذلك بعَرَفةَ ساعةً بليلٍ أو نَهارٍ فقد تَمَّ حَجُّه»**[٥]. فقد عَلَّقَ تَمامَ الحجِّ بهذا الوُقوفِ، والواجبُ هو الذي يتعَلَّقُ التّمامُ بوُجودِه لا الفرضُ؛ لأنّ المُتَعَلِّقَ به أصلُ الجوازِ لا صِفةُ التّمام، وقال النّبيُّ ﷺ **«الحجُّ عَرَفةُ، مَنْ أدرَكَ عَرَفةَ فقد أدرَكَ الحجَّ»**[٦] جعل الوُقوفَ بعَرَفةَ كُلَّ الحجِّ، وظاهرُه يقتضي أنْ يكونَ كُلَّ الرّكْنِ. وكذا جعل مُدْرِكَ عَرَفةَ مُدْرِكًا للحَجِّ، ولو كان الوُقوفُ بمُزْدَلِفةَ رُكْنًا لم يكنِ الوُقوفُ بعَرَفةَ كُلَّ الحجِّ بل بعضَه، ولم يكنْ أيضًا مُدْرِكًا للحَجِّ بدونِه، وهذا خلافُ الحديثِ، وظاهرُ الحديثِ يقتضي أنْ يكونَ الرّكْنُ هو الوُقوفَ بعَرَفةَ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: أحكام القرآن للجصاص (١/ ٣١٣ - ٣١٥)، المبسوط (٤/ ٦٣)، تحفة الفقهاء (١/ ٤٠٧)، فتح القدير مع الهداية (١/ ٤٨٢ - ٤٨٤)، البناية (٤/ ١٢٣ - ١٢٦).

(٢) مذهب الشافعية: أن الوقوف مستحب بعد طلوع الفجر، انظر الأم (٢/ ٢١٢)، المجموع شرح المهذب (٨/ ١٢٤، ١٢٥، ١٣٤، ١٣٥، ١٥٠، ١٥١)، فتح العزيز (٧/ ٣٦٧ - ٣٦٠).

(٣) في المخطوط: «عندنا».

(٤) في المخطوط: «قاطع».

(٥) سبق تخريجه.

(٦) سبق تخريجه.

لا غيرُ، إلاَّ أنّ طَوافَ الزِّيارةِ عُرِفَ رُكْنًا بدليلٍ آخَرَ، وهو ما ذكرنا فيما تقَدَّمَ، ولأنّ تركَ الوُقوفِ بمُزْدَلِفةَ جائزٌ لعُذْرٍ على ما نُبَيِّنُ، ولو كان فرضًا لَما جاز تركُه أصلاً كسائرِ الفرائضِ فدَلَّ أنّه ليس بفَرْضٍ بل هو واجبٌ إلاَّ أنّه قد يسقُطُ وُجوبُه لعُذْرٍ من ضَعفٍ أو مرَضٍ أو حَيْضٍ أو نحوِ ذلك حتّى لو تَعَجَّلَ ولم يَقِفْ: لا شيءَ عليه.

وأمَّا الآيةُ فقد قِيلَ في تَأويلِها: إنّ المُرادَ من الذِّكْرِ هو صلاةُ المغربِ والعِشاءِ بمُزْدَلِفةَ، وقيلَ: هو الدُّعاءُ، وفَرْضيّتُها [1] لا تقتَضي فرضيّةَ الوُقوفِ، على أنّ مُطْلَقَ الأمرِ للوُجوبِ لا للفَرْضيّةِ بل الفرضيّةُ ثبتتْ بدليلٍ زائدٍ، واللهُ أعلَمُ.

فصل

وأمَّا رُكْنُه: فكَيْنونَتُه بمُزْدَلِفةَ، سَواءٌ كان بفعلِ نفسِه، أو بفعلِ غيرِه بأنْ كان محمولاً، وهو نائمٌ أو مُغْمًى عليه، أو كان على دابّةٍ لحُصُولِه كائنًا بها، وسَواءٌ عَلِمَ بها أو لم يَعلم لما قلنا، ولأنّ الفائتَ ليس إلاَّ النِّيّةَ، وإنّها ليستْ بشرطٍ كما في الوُقوفِ بعَرَفةَ، وسَواءٌ وقَفَ أو مرَّ مارًّا لحُصُولِه كائنًا بمُزْدَلِفةَ، وإنْ قَلَّ، ولا تُشْتَرَطُ له [١/ ٢٢٩أ] الطّهارةُ عن الجنابةِ والحيضِ؛ لأنّه عِبادةٌ لا تَتَعَلَّقُ بالبيتِ فتَصِحُّ من غيرِ طهارةٍ كالوُقوفِ بعَرَفةَ، ورَمْيِ الجِمارِ، واللهُ أعلَمُ.

فصل

وأمَّا مكانُه: فجزءٌ من أجزاءِ مُزْدَلِفةَ، أيّ جزءٍ كان، وله أنْ يَنْزِلَ في أيِّ موضِعٍ شاء منها، إلاَّ أنّه لا ينبغي أنْ يَنْزِلَ في وادي مُحَسِّرٍ لقولِ النّبيِّ ﷺ «**عَرفاتٌ كُلُّها موقِفٌ إلاَّ بَطْنَ عُرَنةَ، ومُزْدَلِفةُ كُلُّها موقِفٌ إلاَّ واديَ مُحَسِّرٍ**»[2]. ورُوِيَ أنّه قال: «**مُزدَلِفةُ كُلُّها موقِفٌ، وارتفِعوا عن المُحَسِّرِ**»[3] فيُكْرَه النُّزولُ فيه، ولو وقَفَ به أجزَأه مع الكراهةِ، والأفضلُ أنْ

---

(١) في المخطوط: «وفرضيتهما».   (٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب: المناسك، باب: الصلاة، بجمع، حديث (١٩٣٧)، والنسائي (٣٠٤٥)، وابن ماجه (٣٠١٢)، واللفظ له، والبيهقي في السنن (٥/ ٢٣٩)، (١٠٠٠٩)، من حديث جابر بن عبد الله، و(١٦٣٠٩)، واللفظ له من حديث جبير بن مطعم، وذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٦١)، وقال: وأما حديث جبير بن مطعم فهو منقطع لأن سليمان بن موسى لم يدرك جبير بن مطعم، قلت: والحديث صحيح كما في صحيح الجامع (٤٥٣٦)، (٤٥٣٧).

يكونَ وُقوفُه خَلْفَ الإمام على الجبَلِ الذي يَقِفُ عليه الإمامُ، وهو الجبَلُ الذي يُقالُ له قُزَحُ؛ لأنه رُوِيَ أنّه ﷺ وقَفَ عليه، وقال: «خُذوا عَنّي مَناسِكَكم»[1]، ولأنّه يكونُ أقرَبَ إلى الإمامِ فيكونُ أفضلَ، واللهُ أعلَمُ.

فصل

وأمّا زَمانُه: فما بين طُلوعِ الفجرِ من يومِ النّحْرِ، وطُلوعِ الشّمسِ فمَنْ حَصَلَ بمُزْدَلِفَةَ في هذا الوقتِ فقد أدرَكَ الوُقوفَ، سَواءٌ باتَ بها أو لا، ومَنْ لم يحصُلْ بها فيه فقد فاتَه الوُقوفُ، وهذا عندَنا[2]، وقال الشّافعيُّ: يجوزُ في النّصفِ الأخيرِ من ليلةِ النّحْرِ[3] كما قال في الوُقوفِ بعَرَفَةَ، وفي جَمْرةِ العقَبةِ. والسّنّةُ أنْ يَبيتَ ليلةَ النّحْرِ بمُزْدَلِفَةَ، والبيتوتةُ ليستْ بواجبةٍ، إنّما الواجبُ هو الوُقوفُ، والأفضلُ أنْ يكونَ وُقوفُه بعدَ الصّلاةِ فيُصلّيَ صلاةَ الفجرِ بغَلَسٍ ثمّ يَقِفَ عندَ المشعَرِ الحرامِ فيدعوَ اللّهَ تعالى، ويسألَه حَوائجَه إلى أنْ يُسفِرَ ثمّ يُفيضَ منها قبلَ طُلوعِ الشّمسِ إلى مِنًى، ولو أفاضَ بعدَ طُلوعِ الفجرِ قبلَ صلاةِ الفجرِ فقد أساءَ، ولا شيءَ عليه لتركِه السّنّة، واللهُ أعلَمُ.

فصل

وأمّا حكمُ فواتِه عن وقتِه أنّه إنْ كان لعُذْرٍ فلا شيءَ عليه لما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ قَدَّمَ ضَعَفةَ أهلِه، ولم يَأمُرْهم بالكفّارةِ[4]، وإنْ كان فواتُه لغيرِ عُذْرٍ فعليه دَمٌ؛ لأنّه ترك الواجبَ من غيرِ عُذْرٍ، وإنّه يوجِبُ الكفّارةَ، واللّه عَزَّ وجَلَّ أعلَمُ.

---

(١) **أخرجه مسلم**، كتاب: الحج، باب: استحباب رمي جمرة العقبة يوم النحر راكبًا، برقم (١٢٩٧)، من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٢) **انظر في مذهب الحنفية**: المبسوط (٤/ ٦٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٦١)، الجوهرة النيرة (١/ ١٥٨)، فتح القدير (٢/ ٤٨٤)، البحر الرائق، (٢/ ٣٣٢)، مجمع الأنهر (١/ ٢٧٩)، رد المحتار (٢/ ٥١١).

(٣) **في بيان مذهب الشافعية**: يقول النووي: «السنة عندنا أن يبقى بمزدلفة حتى يطلع الفجر إلا الضَّعَفَة، فيستحب لهم الدفع قبل الفجر، فإن دفع غير الضعفة قبل الفجر بعد نصف الليل جاز ولا دم، هذا مذهبنا وبه قال مالك وأحمد» انظر المجموع شرح المهذب (٨/ ١٦٣)، الأم (٢/ ٢٣٣)، الغرر البهية (٢/ ٣٢٤)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١٤٧ - ١٤٨)، مغني المحتاج (٢/ ٢٦٤)، حاشية الجمل (٢/ ٤٦٨)، التجريد لنفع العبيد (٢/ ١٣٢).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: من قدم ضعفة أهله بليل، حديث (١٦٧٨)، وأبو داود (١٩٣٩)، والترمذي (٨٩٣)، والنسائي (٣٠٣٢)، وابن ماجه (٣٠٢٦)، من حديث ابن عباس، وفيه «أن النبي ﷺ قدم ضعفة أهله وقال: لا ترموا الجمرة حتى تطلع الشمس» وهذا اللفظ للترمذي.

فصل

وأمَّا رَمْيُ الجِمارِ فالكلامُ فيه في مواضعَ:

في بيانِ وُجوبِ الرّمْيِ، وفي تفسيرِ الرّمْيِ.

وفي بيانِ وقتِه.

وفي بيانِ مكانِه.

وفي بيانِ عَدَدِ الجِمارِ وقدرِها، وجِنسِها، ومَأخَذِها، ومقدارِ ما يُرْمَى كُلَّ يومٍ عندَ كُلِّ موضِعٍ، وكيفيّةِ الرّمْيِ، وما يُسَنُّ في ذلك، ويُستَحَبُّ، وما يُكْرَه.

وفي بيانِ حكمِه إذا تَأخَّرَ عن وقتِه أو فاتَ عن وقتِه.

أمَّا الأوّلُ: فدليلُ وُجوبه الإجماعُ، وقولُ رسولِ اللَّه ﷺ وفعلُه، أمَّا الإجماعُ فلأنّ الأُمَّةَ أجمعتْ على وُجوبه. وأمَّا قولُ رسولِ اللَّه ﷺ فما رُوِيَ أنّ رجلاً سأله، وقال: إنِّي ذَبَحْتُ ثمّ رميْتُ، فقال ﷺ: «ارمِ، ولا حَرَجَ»[1]، وظاهرُ الأمرِ (يقتضي وُجوبَ)[2] العملِ.

وأمَّا فعلُه فلأنّه ﷺ رمى، وأفعالُ النّبيِّ ﷺ فيما لم يكنْ بيانًا لمُجْمَلِ الكتابِ، ولم يكنْ من حَوائجِ نفسِه، ولا من أُمورِ الدُّنيا محمولٌ على الوُجوبِ لوُرودِ النُّصُوصِ بوُجوبِ الاقتداءِ به، والاتّباعِ له، ولُزومِ طاعَتِه، وحُرْمةِ مُخالَفَتِه فكانتْ أفعالُه فيما قلنا محمولةً على الوُجوبِ لكنْ عَمَلاً لا اعتِقادًا على طَريقِ التّعيينِ لاحتِمالِ الخصُوصِ كما في بعضِ الواجباتِ نحوِ صلاةِ الليلِ، وبعضِ المُباحاتِ، وهو حِلُّ تِسعِ نِسوةٍ أو زيادةٍ عليها فاعتِقادُ[3] الوُجوبِ منها عَيْنًا يُؤَدِّي إلى اعتِقادِ غيرِ الواجبِ، واجبًا في حَقِّه، وغيرِ المُباحِ مُباحًا في حَقِّه، وهذا لا يجوزُ، فأمَّا القولُ بالوُجوبِ عَمَلاً مع الاعتِقادِ مُبْهِمًا أنّ ما أرادَ اللَّه تعالى به فهو حَقٌّ مِمَّا لا ضَرَرَ فيه؛ لأنّه إنْ كان، واجبًا يخرجُ عن العُهْدةِ بفعلِه، وإنْ لم يكنْ، واجبًا يُثابُ على فعلِه فكان ما قلناه احتِرازًا عن الضّرَرِ بقدرِ الإمكانِ، وإنّه، واجبٌ عَقْلاً، وشرعًا، [واللهُ أعلَمُ][4].

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) في المخطوط: «الوجوب».
(٣) في المخطوط: «واعتبار».
(٤) ليست في المخطوط.

فصل

وأمَّا تفسيرُ رَمْيِ الجِمارِ: فرَمْيُ الجِمارِ في اللُّغةِ هو القذْفُ بالأحجارِ الصِّغارِ، وهي الحصَى إذِ الجِمارُ جَمْعُ جَمْرةٍ، والجمرةُ هي الحجَرُ الصّغيرُ، وهي الحصاةُ. وفي عُرْفِ الشّرعِ: هو القذْفُ بالحصَى في زَمانٍ مخصُوصٍ، ومكانٍ مخصُوصٍ، وعَدَدٍ مخصُوصٍ على ما نُبَيِّنُ إنْ شاء اللّه تعالى.

وعلى هذا يُخَرَّجُ ما إذا قام عندَ الجمرةِ، ووَضَعَ الحصاةَ عندَها وضْعًا أنّه لم يُجْزِه لعَدَمِ الرّمْيِ، وهو القذْفُ، وإنْ طَرَحَها طَرْحًا أجزَأه لوُجودِ الرّمْيِ إلاَّ أنّه رَمْيٌ خفيفٌ فيُجْزِئُه، وسَواءٌ رمى بنفسِه أو بغيرِه عندَ عَجْزِه عن الرّمْيِ بنفسِه كالمريضِ الذي لا يستَطيعُ الرّمْيَ فوَضَعَ الحصَى في كفِّه فرمى بها أو رمى عنه غيرُه؛ لأنّ أفعالَ الحجِّ تجري فيها النِّيابةُ كالطّوافِ والوُقوفِ بعَرَفةَ ومُزْدَلِفةَ، واللهُ أعلَمُ.

فصل

وامَّا وقتُ الرّمْيِ: فأيّامُ الرّمْيِ أربعةٌ: يومُ النّحْرِ، وثلاثةُ أيّامِ التّشْريقِ، أمَّا يومُ النّحْرِ فأوّلُ وقتِ الرّمْيِ منه ما بعدَ طُلوعِ الفجرِ الثّاني من يومِ النّحْرِ، فلا يجوزُ قبلَ طُلوعِه، وأوّلُ وقتِه المُستَحبّ ما بعدَ طُلوعِ الشّمسِ قبلَ الزّوالِ، وهذا عندَنا[1]، وقال الشّافعيُّ [١/ ٢٢٩ب]: إذا انتَصَفَ ليلةُ النّحْرِ دخل وقتُ الجِمارِ[2] كما قال في الوُقوفِ بعَرَفةَ، ومُزْدَلِفةَ فإذا طَلَعَتِ الشّمسُ وجب.

وقال سُفْيانُ الثّوريُّ: لا يجوزُ قبلَ طُلوعِ الشّمسِ، والصّحيحُ قولُنا لما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قَدَّمَ ضَعَفةَ أهلِه ليلةَ المُزْدَلِفةِ، وقال ﷺ: «**لا ترموا جَمْرةَ العقبةِ حتّى تكونوا**

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ٢١)، تحفة الفقهاء (١/ ٤٠٨)، فتح القدير مع الهداية (٢/ ٤٩٩ - ٥٠١)، البناية مع الهداية (٤/ ١٥٣ - ١٥٦)، مجمع الأنهر (١/ ٢٠٨).

(٢) ومذهب الشافعية:

قال الشافعي في الأم: «أُحبُّ أن لا يرميَ أحدٌ حتى تطلع الشمس ولا بأس عليه أن يرمي قبل طلوع الشمس وقبل الفجر إذا رمى بغير نصف الليل، انظر: الأم (٢/ ٢١٣) مختصر المزني ص (٦٨)، حلية العلماء (٣/ ٢٩٤، ٢٩٥)، المجموع شرح المهذب (٨/ ١٥٣، ١٨٠، ١٨١)، فتح العزيز مع المجموع (٧/ ٣٨١).

مُضبِحينَ»[١] نَهَى عن الرَّمْيِ قبلَ الصُّبْحِ. ورُوِيَ أنّ النّبيّ ﷺ كان يلطَحُ أفخاذَ أُغَيْلِمةِ بَني عبدِ المُطَّلِبِ، وكان يقولُ لهم: «لا ترموا جَمْرةَ العقَبَةِ حتّى تكونوا مُضبِحينَ»[٢].

فإنْ قِيلَ: قد رُوِيَ أنّه قال: «لا ترموا جَمْرةَ العقَبةِ حتّى تَطْلُعَ الشّمسُ»[٣]، وهذا حُجَّةُ سُفْيانَ.

فالجوابُ أنّ ذلك محمولٌ على بيانِ الوقتِ المُستَحَبِّ تَوْفيقًا بين الرِّوايتيْنِ بقدرِ الإمكانِ، وبه نقول: إنّ المُستَحَبَّ ذلك.

وأمَّا آخِرُه فآخِرُ النّهارِ كذا قال أبو حنيفةَ: إنّ وقتَ الرَّمْيِ يومَ النّحْرِ يمتَدُّ إلى غروبِ الشّمسِ، وقال أبو يوسفَ: يمتَدُّ إلى وقتِ الزّوالِ فإذا زالَتِ الشّمسُ يَفوتُ الوقتُ، ويكونُ فيما بعدَه قضاءً.

وجه قولِ أبي يوسفَ: أنّ أوقاتَ العِبادةِ [٤] لا تُعرَفُ إلاّ بالتّوْقيفِ، والتّوْقيفُ ورد بالرّمْيِ في يومِ النّحْرِ قبلَ الزّوالِ فلا يكونُ ما بعدَه وقتًا له أداءً كما في سائرِ أيّامِ النّحْرِ [٥]؛ لأنّه لَمَّا جعل وقتَه فيها بعدَ الزّوالِ لم يكنْ قبلَ الزّوالِ وقتًا له، ولأبي حنيفةَ الاعتِبارُ بسائرِ الأيّامِ، وهو أنّ في سائرِ الأيّامِ ما بعدَ الزّوالِ إلى غروبِ الشّمسِ وقتَ الرّمْيِ فكذا في هذا اليومِ؛ [لأنّ هذا اليومَ] [٦] إنّما يُفارِقُ سائرَ الأيّامِ في ابتِداءِ الرّمْيِ لا في انتِهائه فكان مثلَ سائرِ الأيّامِ في الانتِهاءِ فكان آخِرُه وقتَ الرّمْيِ كسائرِ الأيّامِ، فإنْ لم يَرْمِ حتّى غَرَبَتِ الشّمسُ فيَرْمي قبلَ طُلوعِ الفجرِ من اليومِ الثّاني أجزَأه ولا شيءَ عليه في قولِ أصحابِنا[٧]، ولِلشّافعيِّ فيه قولانِ[٨]، في قولٍ: إذا غَرَبَتِ الشّمسُ فقد فاتَ الوقتُ

(١) انظر تخريج الحديث قبل السابق.
(٢) انظر الحديث السابق.
(٣) انظر الحديث السابق.
(٤) في المخطوط: «العبادات».
(٥) في المخطوط: «الرمي».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (١/ ٣٧٥، ٣٧٧).
(٨) مذهب الشافعية: أن السنة أن يصل الحجاج إلى منى بعد طلوع الشمس ويرمون سبع حصيات إلى جمرة العقبة بعد ارتفاع الشمس قدر رمح فإن قدموا الرمي على هذا جاز بشرط أن يكون بعد نصف ليلة النحر وبعد الوقوف ولو أخروه عنه جاز ويكون أداء إلى آخر نهار يوم النحر. وهل يمتد إلى طلوع فجر تلك الليلة فيه قولان - أصحهما لا يمتد، والثاني يمتد ومن السنة تقديم الضعفاء من النساء وغيرها من مزدلفة قبل طلوع الفجر بعد نصف الليل إلى منى ليرموا جمرة العقبة، انظر المهذب (٢/ ٧٨٥)، روضة الطالبين (٣/ ٩٩ - ١٠٠).

وعليه الفِدْيةُ (١)، وفي قولٍ: لا يَفوتُ إلاَّ في آخِرِ أيّامِ التّشْريقِ.

والصّحيحُ قولُنا لما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ أذِنَ للرِّعاءِ أنْ يَرْموا بالليلِ (٢)، ولا يُقالُ: إنّه رَخَّصَ لهم ذلك لعُذرٍ؛ لأنّا نقول ما كان لهم عُذْرٌ؛ لأنّه كان يُمْكِنُهم أنْ يستَنيبَ بعضُهم بعضًا فيأتي بالنّهارِ فيَرْمي، فثبت أنّ الإباحةَ ما كانتْ لعُذْرٍ فيَدُلُّ على الجوازِ مُطْلَقًا فلا يجبُ الدّمُ.

فإنْ أخّرَ الرّمْيَ حتّى طَلَعَ الفجرُ من اليومِ الثّاني رمى، وعليه دَمٌ للتّأخيرِ في قولِ أبي حنيفةَ، وفي قولِ أبي يوسفَ، ومحمّدٍ لا شيءَ عليه، والكلامُ فيه يرجعُ إلى أنّ الرّمْيَ مُؤَقَّتٌ عندَه، وعندَهما ليس بمُؤَقَّتٍ، وهو قولُ الشّافعيِّ، وهو على الاختِلافِ الذي ذكرنا في طَوافِ الزِّيارةِ في (٣) أيّامِ النّحْرِ أنّه مُؤَقَّتٌ بها وُجوبًا عندَه حتّى يجبَ الدّمُ بالتّأخيرِ عنها (٤)، وعندَهم ليس بمُؤَقَّتٍ أصلاً فلا يجبُ بالتّأخيرِ شيءٌ، والحُجَجُ من الجانِبَيْنِ، وجوابُ أبي حنيفةَ عن تَعَلُّقِهِما بالخبرِ، والمعنى ما ذكرنا في الطّوافِ، [واللهُ أعلَمُ] (٥).

فصل

وأمّا وقتُ الرّمْيِ من اليومِ الأوّلِ والثّاني من أيّامِ التّشْريقِ، وهو اليومُ الثّاني والثّالثُ من أيّامِ الرّمْيِ فبعدَ الزّوالِ حتّى لا يجوزَ الرّمْيُ فيهِما قبلَ الزّوالِ في الرِّوايةِ المشهورةِ عن أبي حنيفةَ. ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ أنّ الأفضلَ أنْ يَرْمِيَ في اليومِ الثّاني والثّالثِ بعدَ الزّوالِ، فإنْ رمى قبلَه جاز.

وجه هذه الرِّوايةِ: أنّ قبلَ الزّوالِ وقتُ الرّمْيِ في يومِ النّحْرِ فكذا في اليومِ الثّاني والثّالثِ؛ لأنّ الكُلَّ أيّامُ النّحْرِ.

---

(١) في المخطوط: «الدم».

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (١١/ ١٦٦)، (١١٣٧٩) من حديث ابن عباس، والبيهقي في السنن (٥/ ١٥١)، (٩٤٦١)، من حديث ابن عمر، والدارقطني (٢/ ٢٧٦)، (١٨٤) من حديث عبد الله بن عمرو، وذكره ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٢/ ٢٦٢)، وقال: رواه الدارقطني وإسناده ضعيف، وحديث ابن عمر رواه البزار بإسناد حسن والحاكم والبيهقي، وهو صحيح، وانظر الصحيحة (٢٤٧٧).

(٣) في المخطوط: «و».

(٤) في المخطوط: «فيهما».

(٥) ليست في المخطوط.

وجه الرِّوايةِ المشهورةِ: ما رُوِيَ عن جابرٍ رضي الله عنه أنّ رسولَ اللَّه ﷺ رمى الجمرةَ يومَ النّحْرِ ضُحًى، ورمى في بَقيّةِ الأيّام بعدَ الزّوالِ[١]، وهذا بابٌ لا يُعرَفُ بالقياسِ بل بالتّوْقيفِ، فإنْ أخَّرَ الرّمْيَ فيهما إلى الليلِ فرمى قبلَ طُلوعِ الفجرِ جاز، ولا شيءَ عليه؛ لأنّ الليلَ وقتُ الرّمْيِ في أيّام الرّمْيِ لما رَوَيْنا من الحديثِ فإذا رمى في اليومِ الثّاني من أيّامِ التّشْريقِ بعدَ الزّوالِ فأرادَ أنْ يَنْفِرَ من مِنًى إلى مكّةَ، وهو المُرادُ من النّفْرِ الأوّلِ فلَه ذلك لقوله تعالى: ﴿فَمَن تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة:٢٠٣] أي مَنْ نَفر إلى مكّةَ بعدَما رمى يومَيْنِ من أيّامِ التّشْريقِ، وترك الرّمْيَ في اليومِ الثّالثِ فلا إثْمَ عليه في تَعجيلِه، والأفضلُ أنْ لا يتعَجّلَ بل يتأخّرَ إلى آخِرِ أيّامِ التّشْريقِ، وهو اليومُ الثّالثُ منها فيستَوْفي الرّمْيَ في الأيّامِ كُلِّها ثمّ يَنْفِرُ، وهو المعنيُّ من النّفْرِ الثّاني، وذلك معنى قوله تعالى: ﴿وَمَن تَأَخَّرَ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة:٢٠٣].

وفي ظاهرِ هذه الآيةِ الشّريفةِ إشكالٌ من وجهينِ:

أحدُهما: أنّه ذكر قوله تعالى: ﴿فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ في المُتَعجِّلِ، والمُتَأخِّرِ جميعًا، وهذا إنْ كان يستقيمُ في حَقِّ المُتَعجِّلِ؛ لأنّه يترَخَّصُ لا يستقيمُ في حَقِّ المُتَأخِّرِ؛ لأنّه أخذ بالعزيمةِ والأفضلِ.

والثّاني: أنّه قال تعالى في المُتَأخِّرِ: ﴿فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ لِمَنِ اتَّقَىٰ﴾ [البقرة:٢٠٣] قَيّدَه بالتّقْوى، وهذا التّقْييدُ بالمُتَعجِّلِ أليَقُ؛ لأنّه أخذ بالرّخصةِ، ولم يَذْكرْ فيه هذا التّقْييدَ [١/ ٢٣٠أ].

والجوابُ عن الإشكالِ الأوّلِ ما رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنه أنّه قال في هذه الآيةِ: فمَنْ تَعَجّلَ في يومَيْنِ غُفِرَ له، ومَنْ تَأخَّرَ غُفِرَ له[٢]. وكذا رُوِيَ عن ابنِ مسعودٍ رضي الله عنه أنّه قال في قوله تعالى: ﴿فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾: رجع مغفورًا له[٣]، وأمّا قوله

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب: الحج، باب: بيان وقت استحباب الرمي، حديث (١٢٩٩)، والنسائي (٣٠٦٣)، وابن ماجه (٣٠٥٣)، والبيهقي في السنن (٥/ ١٣١)، (٩٣٤٦)، من حديث جابر بن عبد الله.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن (٥/ ١٥٢)، (٩٤٦٦) من حديث ابن عباس، (٥/ ١٥٢)، (٩٤٦٧) من حديث ابن عمر بنحوه، قلت: رواية ابن عباس فيها عبد الواحد بن زياد، قال النسائي والبخاري والدارقطني وغيرهم: ثقة واختلط بآخر عمره، ورواية ابن عمر فيها علي بن زيد، قال الترمذي: صدوق إلا أنه ربما رفع الشيء الذي يوقفه، وترك حديثه ابن القطان، وقال أحمد وابن معين: ليس بالقوي.

(٣) ذكره الهيثمي في المجمع (١٠٨٥٥)، وقال: رواه الطبراني عن شيخه ابن أبي مريم وهو ضعيف.

تعالى: ﴿لِمَنِ ٱتَّقَىٰ﴾ [البقرة:٢٠٣] فهو بيانُ أنّ ما سبقَ من وعدِ المغفِرةِ للمُتَعَجِّلِ والمُتَأَخِّرِ بشرطِ التّقْوَى.

ثمّ من أهلِ التّأويلِ مَنْ صَرف التّقْوَى إلى الاتّقاءِ عن قَتْلِ الصّيْدِ في الإحرامِ أي لمَنِ اتَّقَى قَتْلَ الصّيْدِ في حالِ الإحرامِ، وصَرف أيضًا قوله تعالى: ﴿وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ﴾ [البقرة:١٨٩] أي فاتَّقوا اللّهَ ولا تستَحِلُّوا قَتْلَ الصّيْدِ في الإحرامِ، ومنهم مَنْ صَرف التّقْوَى إلى الاتّقاءِ عن المعاصي كُلِّها في الحجِّ، وفيما بَقِيَ من عُمُرِه، ويحتَمِلُ أنْ يكونَ المُرادُ منه التّقْوَى عَمَّا حُظِرَ عليه الإحرامُ من الرّفَثِ، والفُسوقِ، والجِدالِ، وغيرِها، واللهُ تعالى أعلَمُ.

وإنّما يجوزُ له النّفْرُ في اليومِ الثّاني والثّالثِ ما لم يَطْلُعِ الفجرُ من اليومِ الثّاني فإذا طَلَعَ الفجرُ لم يَجز له النّفْرُ.

وأمّا [وقتُ الرّمْيِ من] [١] اليومِ الثّالثِ من أيّامِ التّشريقِ، وهو اليومُ الرّابعُ من أيّامِ الرّمْيِ فالوقتُ المُستَحَبُّ له بعدَ الزّوالِ، ولو رمى قبلَ الزّوالِ يجوزُ في قولِ أبي حنيفةَ، وفي قولِ أبي يوسفَ ومحمّدٍ: لا يجوزُ، واحتَجّا بما رُوِيَ [٢] عن جابرٍ رضي الله عنه أنّ النّبيّ ﷺ رمى الجمرةَ يومَ النّحرِ ضُحًى، ورمى في بَقيّةِ الأيّامِ بعدَ الزّوالِ[٣]، وأوقاتُ المناسِكِ لا تُعرَفُ قياسًا فدَلَّ أنّ وقتَه بعدَ الزّوالِ، ولأنّ هذا يومٌ من أيّامِ الرّمْيِ فكان وقتُ الرّمْيِ فيه بعدَ الزّوالِ كاليومِ الثّاني والثّالثِ من أيّامِ التّشْريقِ [٤].

ولأبي حنيفةَ: ما رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنه أنّه قال إذا افتُتِحَ النّهارُ من آخِرِ أيّامِ التّشْريقِ جاز الرّمْيُ [٥].

والظّاهرُ أنّه قاله سَماعًا من النّبيِّ ﷺ إذْ هو بابٌ لا يُدْرَكُ بالرّأيِ، والاجتِهادِ فصار اليومُ الأخيرُ من أيّامِ التّشريقِ مخصُوصًا من حديثِ جابرٍ رضي الله عنه بهذا الحديثِ أو يُحمَلُ فعلُه في اليومِ الأخيرِ على الاستحبابِ، ولأنّ له أنْ يَنْفِرَ قبلَ الرّمْيِ، ويَتْرُكَ الرّمْيَ في هذا اليومِ رأسًا فإذا جاز له تركُ الرّمْيِ أصلاً فلأَنْ يجوزَ له الرّمْيُ قبلَ الزّوالِ أولى، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «روينا».

(٣) سبق تخريجه قريبًا.

(٤) في المخطوط: «النحر».

(٥) لم أقف عليه بهذا النحو.

فصل [في مكان الرمي]

وأمَّا مكانُ الرَّمْيِ: ففي يومِ النَّحْرِ عندَ جَمْرةِ العقَبةِ، وفي الأيّامِ الأُخَرِ عندَ ثلاثةِ مواضعَ: عندَ الجمرةِ الأُولى، والوُسطَى، والعقَبةِ، ويُعتَبَرُ في ذلك كُلِّه مكانُ وُقوعِ الجمرةِ لا مكانُ الرَّمْيِ حتّى لو رَماها من مكان بَعيدٍ فوَقَعَتِ الحصاةُ عندَ الجمرةِ أجزَأه، وإنْ لم تقَع (عندَه لم تُجْزِها) [1] إلاَّ إذا، وقَعَتْ بقربٍ منها؛ لأنّ ما يقرُبُ من ذلك المكانِ كان في حكمِه لكونِه تبَعًا له، [واللهُ أعلَمُ].

فصل [في الكلام على الجمار وعددها وقدرها وغير ذلك]

وأمَّا الكلامُ في عَدَدِ الجِمارِ وقدرِها، وجِنْسِها، ومَأخَذِها، ومقدارِ ما يُرْمَى كُلَّ يومٍ عندَ كُلِّ موضِعٍ، وكيفيّةِ الرَّمْيِ، وما يُسَنُّ في ذلك، وما يُستَحَبُّ، وما يُكْرَه فيأتي إنْ شاء اللَّه تعالى في بيانِ سُنَنِ أفعالِ الحجِّ، [واللهُ أعلَمُ].

فصل [في حكمه إذا تأخر عن وقته أو فات]

وأمَّا بيانُ حكمِه إذا تَأَخَّرَ عن وقتِه أو فاتَ فنقول: إذا ترك من جِمارِ يومِ النَّحْرِ حَصاةً أو حَصاتَيْنِ أو ثلاثًا إلى الغدِ فإنّه يَرْمي ما ترك أو يتصَدَّقُ لكُلِّ حَصاةٍ نصفَ صاعٍ من حِنْطةٍ إلاَّ أنْ يَبْلُغَ قدرُ الطّعامِ دَمًا فيُنْقِصُ ما شاء، ولا يَبْلُغُ دَمًا. والأصلُ أنّ ما يجبُ في جميعِه دَمٌ يجبُ في أقَلِّه صَدَقَةٌ لما نذكرُ إنْ شاء اللَّه تعالى، وههنا لو ترك جميعَ الرَّمْيِ إلى الغدِ كان عليه دَمٌ عندَ أبي حنيفةَ فإذا ترك أقَلَّه تجبُ عليه الصّدَقةُ إلاَّ أنْ يَبْلُغَ دَمًا لما نذكرُ، وإنْ ترك الأكثرَ منها فعليه دَمٌ في قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ في جميعِه دَمٌ عندَه فكذا في أكثرِه، وعندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ لا يجبُ في جميعِه دَمٌ فكذا في أكثرِه، فإنْ ترك رَمْيَ أحدِ الجِمارِ الثّلاثِ من اليومِ الثّاني فعليه صَدَقةٌ؛ لأنّه ترك أقَلَّ وظيفةِ اليومِ، وهو رَمْيُ سبعِ حَصَياتٍ فكان صَدَقةً إلى أنْ يَصيرَ المتروكُ أكثرَ من نصفِ الوَظيفةِ؛ لأنّ وظيفةَ كُلِّ يوم ثلاثُ جِمارٍ فكان رَمْيُ جَمْرةٍ منها أقَلَّها. ولو ترك الكُلَّ، وهو الجِمارُ الثّلاثُ فيه لَلَزِمَه عندَه دَمٌ فيجبُ في أقَلِّها الصّدَقةُ بخلافِ اليومِ الأوّلِ، وهو يومُ النَّحْرِ إذا ترك الجمرةَ فيه، وهو سبعُ حَصَياتٍ أنّه يلزَمُه دَمٌ

---

(١) في المخطوط: «عندها لم يجزه».

عندَه؛ لأنّ سبعَ حَصَياتٍ كُلُّ وظيفةِ اليومِ الأوّلِ فكان تركُه بمنزِلةِ تركِ كُلِّ وظيفةِ اليومِ الثّاني والثّالثِ، وذلك أحدٌ وعشرونَ حَصاةً، وتركُ ثلاثِ حَصَياتٍ فيه بمنزِلةِ تركِ جَمْرةٍ تامَّةٍ من اليومِ الثّاني والثّالثِ، وهي سبعُ حَصَياتٍ، فإنْ ترك الرّمْيَ كُلَّه في سائرِ الأيّامِ إلى آخِرِ أيّامِ الرّمْيِ، وهو اليومُ الرّابعُ فإنّه يَرْميها [فيه] (١) على التّرْتيبِ، وعليه دَمٌ عندَه، وعندَهما لا دَمَ عليه لما بَيّنّا أنّ الرّمْيَ مُؤَقَّتٌ عندَه، وعندَهما ليس بمُؤَقَّتٍ.

ثمّ على قولِه لا يلزَمُه إلاَّ دَمٌ واحِدٌ، وإنْ كان تركُ وظيفةِ يوم واحِدٍ بانفِرادِه يوجِبُ دَمًا واحِدًا، ومع ذلك لا يجبُ عليه لتأخيرِ الكُلِّ إلاَّ دَمٌ واحِدٌ؛ لأنّ جِنْسَ الجِنايةِ واحِدٌ، حَظْرُها إحرامٌ واحِدٌ من جِهةٍ غيرِ مُتقَوِّمةٍ فيَكْفيها [١/ ٢٣٠ب] دَمٌ واحِدٌ كما لو حَلَقَ المُحْرِمُ رُبْعَ رأسِه أنّه يجبُ عليه دَمٌ واحِدٌ، ولو حَلَقَ جميعَ رأسِه يلزَمُه دَمٌ واحِدٌ أيضًا. وكذا لو طَيّبَ عُضْوًا واحِدًا أو طَيّبَ أعضاءَه كُلَّها أو لَبِسَ ثَوْبًا واحِدًا أو لَبِسَ ثيابًا كثيرةً لا يلزَمُه في ذلك كُلِّه إلاَّ دَمٌ واحِدٌ كذا ههنا.

بخلافِ ما إذا قَتَلَ صَيودًا أنّه يجبُ عليه لكُلِّ صَيْدٍ جَزاؤُه على حِدةٍ؛ لأنّ الجِهةَ هناك مُتقَوِّمةٌ، فإنْ ترك الكُلَّ حتّى غَرَبَتِ الشّمسُ من آخِرِ أيّامِ التّشْريقِ، وهو آخِرُ أيّامِ الرّمْيِ يسقُطُ عنه الرّمْيُ، وعليه دَمٌ واحِدٌ في قولِهم جميعًا.

أمّا سُقوطُ الرّمْيِ فلأنّ الرّمْيَ عِبادةٌ مُؤَقَّتةٌ، والأصلُ في العِباداتِ المُؤَقَّتةِ إذا فاتَ وقتُها أنْ تسقُطَ، وإنّما القضاءُ في بعضِ العِباداتِ المُؤَقَّتةِ يجبُ بدليلٍ مُبْتَدَإٍ، ثمّ إنّما وجب هناك لمعنًى لا يوجَدُ ههنا، وهو أنّ القضاءَ صَرف ما له إلى ما عليه فيستَدْعي أنْ يكونَ جِنْسُ الفائتِ مشروعًا في وقتِ القضاءِ فيُمْكِنه صَرْفُ ما له إلى ما عليه، وهذا لا يوجَدُ في الرّمْيِ؛ لأنّه ليس في غيرِ هذه الأيّامِ رَمْيٌ مشروعٌ على هيئةٍ مخصُوصةٍ ليصرِفَ ما له إلى ما عليه فتَعَذّرَ القضاءُ فسَقَطَ ضرورةً.

ونَظيرُ هذا إذا فاتَتْه صلاةٌ في أيّامِ التّشْريقِ فقضاها في غيرِها أنّه يقضيها بلا تكبيرٍ؛ لأنّه ليس في وقتِ القضاءِ تكبيرٌ مشروعٌ ليصرِفَ ما له إلى ما عليه فسَقَطَ أصلاً كذا هذا.

وأمّا وُجوبُ الدّمِ فلِتركِه الواجبَ عن وقتِه، أمّا عندَ أبي حنيفةَ فظاهرٌ؛ لأنّ رَمْيَ كُلِّ يومٍ مُؤَقَّتٌ.

---

(١) ليست في المخطوط.

وعندَهما إنْ لم يكنْ مُؤَقَّتًا فهو مُؤَقَّتٌ بأيّامِ الرَّمْيِ فقد ترك الواجبَ عن وقتِه فإنْ ترك التّرْتيبَ في اليومِ الثّاني فبَدَأ بجَمْرةِ العقَبةِ فرَماها ثمّ بالوُسطَى ثمّ بالتي تَلي المسجِدَ ثمّ ذكر ذلك في يومِه فإنّه ينبغي أنْ يُعيدَ الوُسطَى وجَمْرةَ العقَبةِ، وإنْ لم يُعِدْ أجزَأه، ولا يُعيدُ الجمرةَ الأُولى.

أمَّا إعادةُ الوُسطَى وجَمْرةِ العقَبةِ فلِتركِه التّرْتيبَ، فإنّه مسنونٌ؛ لأنّ النّبيّ ﷺ رتَّبَ فإذا ترك المسنونَ تُستَحَبُّ الإعادةُ، ولا يُعيدُ الأُولى؛ لأنّه إذا أعاد الوُسطَى والعقَبةَ صارتْ هي الأُولى، وإنْ لم يُعِدِ الوُسطَى والعقَبةَ أجزَأه؛ لأنّ الرّميَاتِ مِمَّا يجوزُ أنْ يَنفرِدَ بعضُها من بعضٍ بدليلِ أنّ يومَ النّحْرِ يُرْمَى فيه جَمْرةُ العقَبةِ، ولا يُرْمَى غيرُها من الجِمارِ، وفيما جاز أنْ يَنْفَرِدَ البعضُ من البعضِ لا يُشْتَرَطُ فيه التّرْتيبُ كالوضوءِ.

بخلافِ ترتيبِ السّعيِ على الطّوافِ أنّه شرطٌ؛ لأنّ السّعيَ لا يجوزُ أنْ يَنْفَرِدَ عن الطّوافِ بحالٍ، فإنْ رمى كُلَّ جَمْرةٍ بثلاثِ حَصَياتٍ ثمّ ذكر ذلك فإنّه يَبْدَأُ فيَرْمي الأُولى بأربعِ حَصَياتٍ حتّى يُتِمَّ ذلك؛ لأنّ رَمْيَ تلك الجمرةِ غيرُ مُرَتَّبٍ على غيرِه فيجبُ عليه أنْ يُتِمَّ ذلك بأربعِ حَصَياتٍ ثمّ يُعيدُ الوُسطَى بسبعِ حَصَياتٍ؛ لأنّ قدرَ ما فعل حَصَلَ قبلَ الأُولى فيُعيدُ مُراعاةً للتّرْتيبِ.

ألا ترى أنّه لو فعل الكُلَّ يُعيدُ فإذا رمى الثّلاثَ أَوْلى أنْ يُعيدَ، وكذلك جَمْرةُ العقَبةِ، فإنْ كان قد رمى كُلَّ واحِدةٍ بأربعِ حَصَياتٍ فإنّه يَرْمي كُلَّ واحِدةٍ بثلاثٍ ثلاثٌ؛ لأنّ الأربعَ أكثرُ الرّمْيِ فيقومُ مَقام الكُلِّ فصار كأنّه رَتَّبَ الثّانيَ على رَمْيٍ كامِلٍ. وكذا الثّالثُ، وإنِ استقبَلَ رَمْيَها فهو أفضلُ ليكونَ الرّمْيُ في الثّلاثِ البواقي على الوجه المسنونِ، وهو التّرْتيبُ.

ولو نَقَصَ حَصاةً لا يدري من أيّتِهِنّ نَقَصَها أعاد على كُلِّ واحِدٍ منهُنّ حَصاةً إسقاطًا للواجبِ عن نفسِه بيَقينٍ كمَنْ ترك صلاةً واحِدةً من الصّلواتِ الخمسِ لا يدري أيّتها هي: أنّه يُعيدُ خمسَ صَلَواتٍ ليخرجَ عن العُهْدةِ بيَقينٍ كذا هذا، واللهُ أعلَمُ.

فصل [في أحكام الحلق والتقصير]

وأمَّا الحلْقُ أو التّقْصيرُ فالكلامُ فيه يَقَعُ في وُجوبه، وفي بيانِ مقدارِ الواجبِ، وفي بيانِ زَمانِه، ومكانِه، وفي بيانِ حكمِه إذا وُجِدَ، وفي بيانِ حكمِ تَأخُّرِه عن وقتِه، [وفعلِه في

غيرِ مكانِه] [(١)].

أمَّا الأوَّلُ: فالحلْقُ أو التَّقْصيرُ واجبٌ عندَنا[(٢)] إذا كان على رأسه شَعرٌ لا يتحَلَّلُ بدونِه، وعندَ الشَّافعيِّ: ليس بواجبٍ[(٣)]، ويتحَلَّلُ من الحجِّ بالرَّمْيِ، ومن العُمْرةِ بالسَّعيِ، احتَجَّ عَمَّا رُوِيَ عن ابنِ عمرَ رضي الله عنه أنّ عمرَ رضي الله عنه خَطَبَ بعَرَفَةَ، وعَلَّمَهم أمرَ الحجِّ فقال لهم: إذا جِئْتُم مِنًى فمَنْ رمى الجمرةَ فقد حَلَّ له ما حُرِّمَ على الحاجِّ إلاَّ النِّساءَ، والطِّيبَ حتّى يَطوفَ بالبيتِ[(٤)].

(ولَنا): قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لْيَقْضُوا تَفَثَهُمْ﴾ [الحج:٢٩]. ورُوِيَ عن ابنِ عمرَ رضي الله عنه أنّ التّفَثَ حِلاقُ الشّعرِ، ولُبْسُ الثِّيابِ، وما يَتْبَعُ ذلك، وهو قولُ أهلِ التّأويلِ إنّه حَلْقُ الرّأسِ، وقَصُّ الأظافرِ، والشّارِبِ، ولأنّ التّفَثَ في اللُّغةِ الوَسَخُ يُقالُ: امرأةٌ تفِثةٌ إذا كانتْ خَبيثةَ الرّائحةِ وقوله تعالى: ﴿لَّقَدْ صَدَقَ ٱللَّهُ رَسُولَهُ ٱلرُّءْيَا بِٱلْحَقِّ لَتَدْخُلُنَّ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ إِن شَآءَ ٱللَّهُ ءَامِنِينَ مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ وَمُقَصِّرِينَ﴾ [الفتح: ٢٧] قِيلَ في بعضِ وُجوه التّأويلِ [١/ ٢٣١أ]: إنّ قولَه ﴿لَتَدْخُلُنَّ﴾ خَبَرٌ بصيغَتِه، ومعناه الأمرُ، أي: ادْخُلوا المسجِدَ الحرامَ إنْ شاء اللّه آمِنينَ مُحَلِّقينَ رُءُوسَكم ومُقَصِّرينَ فيقتضي وُجوبَ الدُّخولِ بصِفةِ الحلْقِ أو التّقْصير؛ لأنّ مُطْلَقَ الأمرِ لوُجوبِ العملِ، والاستِثْناءُ على هذا التّأوِيلِ يرجعُ إلى قولِه: ﴿آمِنينَ﴾ أي إنْ شاء اللّه إنْ تَأمَنوا تَدْخُلوا، وإنْ شاء لا تَأمَنوا لا تَدْخُلونَه.

وإنْ كانتِ الآيةُ على الإخبارِ والوَعدِ على ما يقتضيه ظاهرُ الصّيغةِ فلا بُدَّ وأنْ يكونَ المخبرُ به على ما أخبر، وهو دخولُهم مُحَلِّقينَ ومُقَصِّرينَ، وذلك مُتَعَلِّقٌ باختيارِهم: [و] [(٥)] قد يوجَدُ وقد لا يوجَدْ فلا بُدَّ من الدُّخولِ[(٦)] ليكونَ الوُجوبُ حامِلاً لهم على

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: أحكام القرآن للجصاص (٣/ ٣٩٦، ٣٩٧).

(٣) ومذهب الشافعية: قال الشيرازي في المهذب، هلِ الحلاق نسك أو استباحة محظور؟ فيه قولان: أحدهما أنه ليس بنسك لأنه محرم في الإحرام فلم يكن نسكًا، والثاني أنه نسك وهو الصحيح. انظر المجموع شرح المهذب (٨/ ١٩٤، ٢٠٥، ٢٠٨)، فتح العزيز مع الوجيز (٧/ ٣٧٣ - ٣٧٥).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، (٥/ ١٣٥)، برقم (٩٣٧٣)، ولفظه: «عن سالم عن ابن عمر قال: سمعت عمر رضي الله عنه يقول: ثم إذا رميتم الجمرة بسبع حصيات وذبحتم وحلقتم فقد حصل لكم كل شيء النساء».

(٥) ليست في المخطوط.

(٦) في المخطوط: «الوجوب».

التّحصيلِ فيوجَدَ المخبرُ به ظاهرًا، وغالِبًا فالاستِثْناءُ على هذا التّأوِيلِ يكونُ على طَرِيقِ التّيَمُّنِ والتّبَرُّكِ باسمِ اللّه تعالى، أو يرجِعُ إلى دخولِ بعضِهم دونَ بعضٍ لجوازِ أنْ يَموتَ البعضُ أو يُمْنَعَ بمانِعٍ فيُحمَلَ عليه لئَلاّ يُؤَدِّيَ إلى الخلْفِ في الخبرِ، وقولُه: ﴿مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ وَمُقَصِّرِينَ﴾ [الفتح: ٢٧] أي: بعضُكم مُحلّقينَ، وبعضُكم [١] مُقصِّرينَ لإجماعِنا على أنّه لا يُجْمَعُ بين الحلْقِ والتّقْصيرِ، فدَلَّ أنّ الحلْقَ أو التّقْصيرَ، واجبٌ، لكنّ الحلْقَ أفضلُ؛ لأنّه رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ دعا للمُحلِّقينَ ثلاثًا، وللمُقَصِّرينَ مرّةً واحِدةً فقال: «اللّهُمَّ اغفِرْ للمُحَلّقينَ»، فقيلَ له: والمُقَصِّرينَ، فقال: «اللّهُمَّ اغفِرْ للمُحَلِّقينَ، فقيلَ له: والمُقَصِّرينَ»، فقال: «اللّهُمَّ اغفِرْ للمُحَلِّقينَ، والمُقَصِّرينَ»[٢]، ولأنّ في الحلْقِ تقصيرًا وزيادةً، ولا حَلْقَ في التّقْصيرِ أصلاً، فكان الحلْقُ أفضلَ.

وأمّا حديثُ عمرَ رضي الله عنه فيُضْمرُ فيه الحلْقُ أو التّقْصيرُ، معناه فمَنْ رمى الجمرةَ، وحَلَقَ أو قَصّرَ فقد حَلَّ، ويجبُ حَمْلُه على هذا ليكونَ موافِقًا للكتابِ.

هذا إذا كان على رأسِه شَعرٌ، فأمّا إذا لم يكنْ: أجرى الموسَى على رأسِه [لما رُوِيَ عن ابنِ عمرَ أنّه قال: مَنْ جاء يومَ النّحْرِ ولم يكنْ على رأسِه شَعرٌ أجرى الموسَى على رأسِه] [٣]، والقُدوريُّ رَواه مرفوعًا إلى رسولِ اللّه ﷺ ولأنّه إذا عَجزَ عن تحقيقِ الحلْقِ فلم يَعجِزْ عن التّشَبُّه بالحالِقينَ. وقد قال النّبيُّ ﷺ «مَنْ تَشَبَّهَ بقَوْمٍ فهو منهم»[٤]، فإنْ حَلَقَ رأسَه بالنُّورةِ أجزَأه والموسَى أفضلُ، أمّا الجوازُ فلِحُصُولِ المقصُودِ، وهو إزالةُ الشّعرِ. وأمّا أفضليّةُ الحلْقِ بالموسَى فلِقولِه تعالى: ﴿مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ﴾ [الفتح: ٢٧] وإطلاقُ اسمِ الحلْقِ يَقَعُ على الحلْقِ بالموسَى. وكذا النّبيُّ ﷺ حَلَقَ بالموسَى [٥]، وكان يختارُ من الأعمالِ أفضلَها.

---

(١) في المخطوط: «البعض».
(٢) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: الحلق والتقصير عند الإحلال، حديث (١٧٢٨)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: تفضيل الحلق على التقصير، حديث (١٣٠٢)، وابن ماجه (٣٠٤٣)، من حديث أبي هريرة، وابن خزيمة (٤/ ٢٩٩)، (٢٩٢٩) من حديث ابن عمر.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) أخرجه أبو داود في كتاب: اللباس، باب: في لبس الشهرة، حديث (٤٠٣١)، وأحمد، (٥٠٩٣)، من حديث ابن عمر، وهو صحيح كما في الإرواء (١٢٦٩).
(٥) لم أقف عليه.

وهذا إذا لم يكنْ مُحْصَرًا، فأمَّا المُحْصَرُ فلا حَلْقَ عليه في قولِ أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ، وفي قولِ أبي يوسفَ: عليه الحلْقُ، وسَنذكرُ المسألةَ إنْ شاء اللَّه تعالى في بيانِ أحكامِ الإحصارِ.

ولو وجب عليه الحلْقُ والتّقْصيرُ، فغَسَلَ رأسَه بالخطْميِّ مَقام الحلْقِ، لا يقومُ مَقامه، وعليه الدّمُ لغَسلِ رأسِه بالخطْميِّ في قولِ أبي حنيفةَ، وفي قولِ أبي يوسفَ، ومحمّدٍ لا دَمَ عليه، ذكر الطّحاوِيُّ الخلافَ.

وقال الجصّاصُ: لا أعرِفُ فيه خلافًا، والصّحيحُ أنّه يلزَمُه الدّمُ؛ لأنّ الحلْقَ أو التّقْصيرَ، واجبٌ لما ذكرنا فلا يَقعُ التّحَلُّلُ إلاّ بأحدِهِما، ولم يوجَدْ فكان إحرامُه باقيًا فإذا غَسَلَ رأسَه بالخطْميِّ فقد أزالَ [١] التّفَثَ في حالِ قيامِ الإحرامِ فيلزَمُه الدّمُ، واللهُ أعلَمُ.

ولا حَلْقَ على المرأةِ لما رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال «**ليس على النّساءِ حَلْقٌ، وإنّما عليهِنّ تقصيرٌ**»[٢]، ورَوَتْ عائشةُ رضي الله عنها أنّ النّبيّ ﷺ نَهَى المرأةَ أنْ تحلِقَ رأسَها[٣]، ولأنّ الحلْقَ في النّساءِ مُثْلةٌ، ولِهذا لم تفعَلْه واحِدةٌ من نِساءِ رسولِ اللَّه ﷺ ولكنّها تُقَصِّرُ فتَأخُذُ من أطرافِ شَعرِها قدرَ أُنْمُلةٍ لما رُوِيَ عن ابن عمرَ رضي الله عنه أنّه سُئلَ فقيلَ له: كم تُقَصِّرُ المرأةُ؟، فقال: مثلُ هذه، وأشارَ إلى أُنْمُلَتِه [٤].

---

(١) في المخطوط: «زال».

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب: المناسك، باب: الحلق والتقصير، حديث (١٩٨٤)، والبيهقي في السنن (٥/ ١٠٤)، (٩١٨٧)، والدارقطني (٢/ ٢٧١)، (١٦٥) من حديث ابن عباس، وذكره ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٢/ ٢٦١)، (١٠٥٨)، وقال: إسناده حسن، وقواه أبو حاتم في العلل والبخاري في التاريخ وأعله ابن القطان ورد عليه ابن المواق فأصاب، قلت: والحديث صحيح كما في صحيح الجامع (٥٤٠٣).

(٣) أخرجه الترمذي في كتاب: الحج، باب: ما جاء في كراهية الحلق للنساء، حديث (٩١٤)، (٢)، وذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٩٥)، وقال البزار: ومعلى بن عبد الرحمن الواسطي روى عن عبد الحميد بأحاديث لم يتابع عليها ولا نعلم أحدًا تابعه على هذا الحديث، انتهى، رواه ابن عدي في الكامل، وقال: أرجو أنه لا بأس به، وضعفه أبو حاتم وقال: إنه متروك الحديث ، وقال ابن حبان في «الضعفاء» يروي عن عبد الحميد المقلوبات، لا يجوز الاحتجاج به، قلت: وهو ضعيف كما في ضعيف الجامع (٥٩٩٨).

(٤) أخرجه ابن فرقد في «المبسوط»، (٢/ ٤٣٠)، ولفظه: «عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه سُئل: كم تقصر المرأة؟ فقال: مثل هذه، يعني مثل الأغلمة. . .».

وليس على الحاجِّ إذا حَلَقَ أنْ يَأخُذَ من لحْيَتِهِ شيئًا[١]، وقال الشّافعيُّ: إذا حَلَقَ ينبغي أنْ يَأخُذَ من لحْيَتِهِ شيئًا للَّه تعالى[٢]، وهذا ليس بشيءٍ؛ لأنّ الواجبَ حَلْقُ الرّأسِ (بالنّصّ الذي)[٣] تلونا، ولأنّ حَلْقَ اللّحْيةِ من بابِ المُثْلةِ؛ لأنّ اللّهَ تعالى زَيّنَ الرّجالَ باللّحَى، والنّساءَ بالذّوائبِ [على ما رُوِيَ في الحديثِ «إنّ للّه تعالى مَلائكةً تسبيحُهم سبحانَ مَنْ زَيّنَ الرّجالَ باللّحَى، والنّساءَ بالذّوائبِ»][٤][٥]، ولأنّ ذلك تَشَبُّهٌ بالنّصارى فيُكْرَه.

فصل [في مقدار الواجب في الحلق]

وأمّا مقدارُ الواجبِ، فأمّا الحلْقُ فالأفضلُ حَلْقُ جميعِ الرّأسِ لقولِه عَزَّ وجَلَّ ﴿مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ﴾ [الفتح: ٢٧]، والرّأسُ اسمٌ للجميعِ. وكذا رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ حَلَقَ جميعَ رأسِه[٦] فإنّه رُوِيَ أنّه رمى ثمّ ذَبَحَ ثمّ دَعا بالحلّاقِ فأشارَ إلى شِقِّه الأيمَنِ فحَلَقَه، وفَرّقَ شَعرَه بين النّاسِ ثمّ أشارَ إلى الأيسَرِ فحَلَقَه وأعطاه لأُمِّ سُليم[٧]. ورُوِيَ أنّه قال ﷺ: «أوّلُ نُسُكِنا في (يومِنا هذا)[٨] الرّميُ ثمّ الذّبحُ ثمّ الحلقُ»[٩] والحلْقُ المُطْلَقُ يَقَعُ على حَلْقِ جميعِ الرّأسِ، ولو حَلَقَ [١/ ٢٣١ب] بعضَ الرّأسِ، فإنْ حَلَقَ أقَلَّ من الرّبْعِ لم يُجْزِه، وإنْ حَلَقَ رُبْعَ الرّأسِ أجزَأه، ويُكْرَه. أمّا الجوازُ فلأنّ رُبْعَ الرّأسِ يقومُ مَقام كُلِّه في القُرَبِ المُتَعَلِّقةِ بالرّأسِ كمسحِ رُبْعِ الرّأسِ في بابِ الوضوءِ.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: شرح بداية المجتهد (٢/ ٩٠٥)، الهداية (١/ ٤٠٢).
(٢) مذهب الشافعية: أنه يحرم إزالة الشعر قبل وقت التحلل وتجب فيه الفدية سواء فيه شعر الرأس والبدن وسواء الإزالة بالحلق أو التقصير أو النتف أو الإحراق أو غيرها، انظر: المهذب (٢/ ٧٠٦، ٧٣٣)، روضة الطالبين (٣/ ١٣٥، ١٣٦ - ١٨٤)، مغني المحتاج (١/ ٥٢١).
(٣) في المخطوط: «بالنصوص التي». (٤) ليست في المخطوط.
(٥) ذكره العجلوني في كشف الخفاء (١٤٤٧) وعزاه إلى الحاكم عن عائشة رضي الله عنها ولم أره عنده.
(٦) انظر الحديث التالي.
(٧) أخرجه مسلم، في كتاب: الحج، باب: بيان أن السُّنة يوم النحر أن يرمي ثم ينحر ثم يحلق، حديث (١٣٠٥) من حديث أنس، وفيه: «أن رسول الله ﷺ أتى منى فأتى الجمرة فرماها ثم أتى منزله بمنى ونحر ثم قال للحلاق: خذ، وأشار إلى جانبه الأيمن ثم الأيسر ثم جعل يعطيه الناس»، وفي رواية فقسم شعره بين من يليه قال: ثم أشار إلى الحلاق وإلى الجانب الأيسر فحلقه فأعطاه أم سليم.
(٨) في المخطوط: «هذا اليوم».
(٩) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٧٩)، وقال: غريب ثم ذكر حديث أنس السابق للاستدلال على صحة متنه.

وأمَّا الكراهةُ فلأنّ المسنونَ هو حَلْقُ جميعِ الرّأسِ لما ذكرنا، وتركُ المسنونِ مكروهٌ، وأمَّا التّقْصيرُ فالتّقْديرُ فيه بالأُنْمُلةِ لما رَوَيْنا من حديثِ عمرَ رضي الله عنه لكنّ أصحابَنا قالوا: يجبُ أنْ يزيدَ في التّقْصيرِ على قدرِ الأنْمُلةِ؛ لأنّ الواجبَ هذا القدرُ من أطرافِ جميعِ الشّعرِ، وأطرافُ جميعِ الشّعرِ لا يتساوَى طولُها عادةً بل تَتفاوَتُ فلو قَصّرَ قدرَ الأنْمُلةِ لا يَصيرُ مُستَوْفيًا قدرَ الأنْمُلةِ من جميعِ الشّعرِ بل من بعضِه فوَجَبَ أنْ يزيدَ عليه حتّى يستَيْقِنَ باستيفاءِ قدرِ الواجبِ فيخرجُ عن العُهْدةِ بيَقينٍ.

فصل [في بيان زمان ومكانه]

وأمَّا بيانُ زَمانِه ومكانِه: فزَمانُه أيّامُ النّحْرِ، ومكانُه الحرَمُ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ: إنّ الحلْقَ يختَصُّ بالزّمانِ، والمكانِ، وقال أبو يوسفَ: لا يختَصُّ بالزّمانِ، ولا بالمكانِ، وقال محمّدٌ: يختَصُّ بالمكانِ لا بالزّمانِ، وقال زُفَرُ: يختَصُّ بالزّمانِ لا بالمكانِ حتّى لو أخّرَ الحلْقَ عن أيّامِ النّحْرِ أو حَلَقَ خارجَ الحرَمِ يجبُ عليه الدّمُ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسفَ لا دَمَ عليه فيهِما جميعًا، وعندَ محمّدٍ: يجبُ عليه الدّمُ في المكانِ، ولا يجبُ في الزّمانِ، وعندَ زُفر: يجبُ في الزّمانِ، ولا يجبُ في المكانِ.

احتجَّ زُفَرُ بما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ حَلَقَ عامَ الحُدَيْبيةِ، وأمرَ أصحابَه بالحلْقِ[1]، وحُدَيْبيةُ من الحِلِّ فلو اختَصّ بالمكانِ، وهو الحرَمُ لَما جاز في غيرِه، ولو كان كذلك لَما فعل بنفسِه، ولَما أمرَ أصحابَه فدَلَّ أنّ الحلْقَ لا يختَصُّ جوازُه بالمكانِ، وهو الحرَمُ، وهذا أيضًا حُجّةُ أبي يوسفَ في المكانِ.

ولأبي يوسفَ ومحمّدٍ في أنّه لا يختَصُّ بزَمانٍ: ما رُوِيَ أنّ رجلاً جاء إلى رسولِ اللّه ﷺ فقال: حَلَقْتُ قبلَ أنْ أذبَحَ فقال ﷺ: «اذبَحْ، ولا حَرَجَ»، وجاءه آخرُ فقال: ذَبَحْتُ قبلَ أنْ أرميَ، فقال: «ارمِ، ولا حَرَجَ»[2] فما سُئلَ في ذلك اليومِ عن تقديمِ نُسُكٍ، وتَأخيرِه إلاّ

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الشروط، باب: الشروط في الجهاد، حديث (٢٧٣٤)، والبيهقي في السنن (٥/ ٢١٥)، (٩٨٥٦)، والطبراني في الكبير (٢٠/ ٩)، (١٣)، من حديث المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم يصدق كل واحد منهما صاحبه، وفيه: قال رسول الله ﷺ لأصحابه: «قوموا فانحروا ثم احلقوا...».

(٢) **أخرجه البخاري**، كتاب: العلم، باب: الفتيا وهو واقف على الدابة وغيرها، برقم (٨٣)، ومسلم، كتاب: الحج، باب: من حلق قبل النحر، برقم (١٣٠٦)، من حديث عمرو بن لعاص رضي الله عنهما.

قال: افعَلْ، ولا حَرَجَ.

ولأبي حنيفةَ: [أنّه ﷺ حَلَقَ في أيّامِ النّحْرِ في الحرَمِ فصار فعلُه بيانًا لمُطْلَقِ الكتابِ، ويجبُ عليه بتأخيرِه دَمٌ عندَه] (١)؛ لأنّ (٢) تأخيرَ الواجبِ بمنزلةِ التّرْكِ في حَقِّ وُجوبِ الجابرِ لما ذكرنا في طَوافِ الزِّيارةِ.

وأمّا حديثُ الحُدَيْبيةِ فقد ذكرنا أنّ الحُدَيْبيةَ بعضُها من الحِلِّ، وبعضُها من الحرَمِ فيُحْتَمَلُ أنّهم حَلَقوا في الحرَمِ فلا يكونُ حُجَّةً مع الاحتِمالِ مع ما أنّه رُوِيَ أنّ النّبيّ ﷺ كان نزل بالحُدَيْبيةِ في الحِلِّ، وكان يُصلّي في الحرَمِ، فالظّاهرُ أنّه لم يحلِقْ في الحِلِّ، وله سبيلُ الحلْقِ في الحرَمِ. وأمّا الحديثُ الآخَرُ فنقول بموجَبه: إنّه لا حَرَجَ في التّأخيرِ عن المكانِ والزّمانِ، وهو الإثمُ لكنّ انتِفاءَ الإثمِ لا يوجِبُ انتِفاءَ الكفّارةِ كما في كفّارةِ الحلْقِ عندَ الأذى وكفّارةِ قَتْلِ الخطَإِ، ولو لم يحلِقْ حتّى خرج من الحرَمِ ثمّ عاد إلى الحرَمِ فحَلَقَ أو قَصّرَ فلا دَمَ عليه لوُجودِ الشّرطِ على قولِ مَنْ يجعلُ المكان شرطًا.

فصل [في حكم الحلق]

وأمّا حكمُ الحلْقِ فحكمُه حُصُولُ التّحَلُّلِ، وهو صَيْرورتُه حَلالاً يُباحُ له جميعُ ما حَظَرَ عليه الإحرامُ إلاّ النِّساءَ، وهذا قولُ أصحابِنا(٣)، وقال مالِكٌ: إلاّ النِّساءَ، والطِّيبَ(٤)، وقال الليثُ: إلاّ النِّساءَ، والصّيْدَ، وقال الشّافعيُّ: يَحِلُّ له بالحلْقِ الوَطْءُ فيما دونَ الفرجِ، والمُباشَرةِ(٥)، احتَجَّ مالِكٌ بما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «إذا حَلَقْتُم فقد حَلَّ لكم

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «أن».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٠٩)، كتاب الآثار (ص٧٢)، مختصر الطحاوي ص (٦٥)، متن القدوري ص (٢٧)، المبسوط (٤/ ٢٢)، تحفة الفقهاء (١/ ٤٠٨)، فتح القدير مع الهداية (٢/ ٤٩٠ - ٤٩٢).

(٤) مذهب المالكية: قال الباجي في المنتقى: «إذا حلق فقد حل له كل شيء حرم عليه من إلقاء التفث وجاز له أن يدهن ويقص شاربه ويلبس المخيط. إن فعل ذلك كله حل بالرمي قبل الحلاق وإنه إذا حلق فقد حل له كل شيء إلا النساء والطيب والصيد حتى يفيض من منى إلى مكة»، انظر المنتقى (٣/ ٣٠)، الكافي لابن عبد البر (١/ ٣٧٤).

(٥) انظر في مذهب الشافعية: حلية العلماء (٣/ ٢٩٧ - ٢٩٩)، المجموع شرح المهذب (٨/ ٢٢٤ - ٢٣١، ٢٣٣، ٢٣٤)، شرح السنة للبغوي (٧/ ٢٠٩، ٢١٠).

كُلُّ شيءٍ إلاَّ النِّساءَ، والطِّيبَ»[١]، والصّحيحُ قولُنا لما رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «مَنْ رمى ثمّ ذَبَحَ ثمّ حَلَقَ فقد حَلَّ له كُلُّ شيءٍ إلاَّ النِّساءَ»[٢]، والحديثُ حُجَّةٌ على الكُلِّ؛ لأنّ النّبيّ ﷺ أخبر أنّه حَلَّ له كُلُّ شيءٍ، واستَثْنَى النِّساءَ فبَقيَ الطِّيبُ والصّيْدُ داخِلينِ تحت نَصِّ المُستَثْنَى منه، وهو إحلالُ ما سِوَى النِّساءِ، وخرج الوَطْءُ فيما دونَ الفرجِ، والمُباشَرةِ عن الإحلالِ بنَصِّ الاستِثْناءِ، وأمَّا حديثُ عمرَ فقيلَ: إنّه لَمَّا بَلَغَ عائشةَ رضي الله عنها قالتْ: يَغْفِرُ اللَّه لهذا الشّيخِ لَقد طَيّبْتُ رسولَ اللَّه ﷺ حينَ حَلَقَ[٣].

فصل [حكم تأخيره عن زمانه ومكانه]

وأمَّا حكمُ تَأخيرِه عن زَمانِه ومكانِه فوُجوبُ الدّمِ عندَ[٤] أبي حنيفةَ، وأبو يوسفَ خالَفَه في الزّمانِ والمكانِ، ومحمّدٌ وافَقَه في المكانِ لا في الزّمانِ، وزُفَرُ وافَقَه في الزّمانِ لا في المكانِ على ما ذكرنا، واللهُ أعلَمُ.

فصل [في طواف الصدر]

وأمَّا طَوافُ الصّدْرِ فالكلامُ فيه يَقَعُ في مواضعَ: في بيانِ وُجوبه، وفي بيانِ شَرائطِه، وفي بيانِ قدرِه، [وكيفيّتِه، وما يُسَنُّ له أنْ يَفْعَلَه بعدَ فراغِه منه، وفي بيانِ وقتِه][٥]، وفي بيانِ [حكم تأخره عن][٦] مكانِه، وحكمِه إذا نفر ولم يَطُفْ.

---

(١) أخرجه مالك، (٩٣٩)، والبيهقي في السنن (٥/ ٢٠٤)، (٩٧٧٨) من حديث عمر بن الخطاب موقوفًا.
(٢) أخرجه أحمد، (٢٤٥٧٩)، والبيهقي في السنن (٥/ ١٣٦)، (٩٣٧٩)، والدارقطني (٢/ ٢٧٦)، (١٨٦)، وذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٨٠) من حديث عائشة، وقال: هذا حديث ضعيف، الحجاج بن أرطاة لم ير الزهري ولم يسمع منه شيئًا، قلت: وهو منكر كما قال الألباني في السلسلة الضعيفة (١٠١٣): إن للحديث أصلاً ثابتًا لكن دون ذكر الذبح والحلق فيه، فهو في هذه الزيادة منكر، وانظر الصحيحة (٢٣٩)، وفيها قوله ﷺ: «إذا رميتم الجمرة فقد حل لكم كل شيء إلا النساء».
(٣) أخرجه أبو نعيم في «الحلية»، (٧/ ٢٤٦)، ولفظه: «عن عائشة رضي الله عنها قالت: لقد طيبت رسول الله ﷺ لحرمه حين أحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت».
(٤) في المخطوط: «في قول».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) زيادة من المخطوط.

أمَّا الأوّلُ فطَوافُ الصّدْرِ واجبٌ عندَنا[١] [١/ ٢٣٢أ]، وقال الشّافعيُّ: سُنّةٌ[٢].

وجه قولِه: مَبنيٌّ على أنّه لا يُفرِّقُ بين الفرضِ، والواجبِ، وليس بفَرْضٍ بالإجماعِ فلا يكونُ واجبًا لكنّه سُنّةٌ لفعلِ رسولِ اللّه ﷺ إيّاه على المواظَبةِ، وإنّه دليلُ السّنّةِ، ثمّ دليلُ عَدَمِ الوُجوبِ أنّا أجمَعنا على أنّه لا يجبُ على الحائضِ، والنُّفَساءِ، ولو كان واجبًا لَوَجَبَ عليهِما كطَوافِ الزِّيارةِ، ونحنُ نُفرِّقُ بين الفرضِ والواجبِ على ما عُرِفَ، ودليلُ الوُجوبِ ما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «مَن حَجَّ هذا البيتَ فلْيكنْ آخِرُ عَهْدِه به[٣] الطّوافَ»[٤]، ومُطْلَقُ الأمرِ لوُجوبِ العملِ إلاّ أنّ الحائضَ خُصّتْ عن هذا العُمومِ بدليلٍ، وهو ما رُوِيَ أنّ النّبيّ ﷺ رَخَّصَ للنِّساءِ الحُيّضِ تركَ طَوافِ الصّدْرِ لعُذْرِ الحيضِ[٥]، ولم يَأمُرْهُنّ بإقامةِ شيءٍ آخَرَ مَقامه، وهو الدّمُ، وهذا أصلٌ عندَنا في كُلِّ نُسُكٍ جاز تركه لعُذْرٍ أنّه لا يجبُ بتركِه [من المعذورِ][٦] كفّارةٌ، واللهُ تعالى أعلَمُ.

فصل [في بيان شرائطه]

وأمَّا شَرائطُه فبعضُها شَرائطُ الوُجوبِ، وبعضُها شَرائطُ الجوازِ.

أمَّا شَرائطُ الوُجوبِ فمنها أنْ يكونَ من أهلِ الآفاقِ فليس على أهلِ مكّةَ، ولا مَنْ كان منزِلُه داخِلَ المواقيتِ إلى مكّةَ طَوافُ الصّدْرِ إذا حَجُّوا؛ لأنّ هذا الطّوافَ إنّما وجب تَوْديعًا للبيتِ، ولِهذا يُسَمَّى طَوافَ الوَداعِ، ويُسَمَّى طَوافَ الصّدْرِ لوُجودِه عندَ صُدورِ الحُجَّاجِ ورُجوعِهم إلى وطَنِهم، وهذا لا يوجَدُ في أهلِ مكّةَ؛ لأنّهم في وطَنِهم، وأهلُ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي ص (٦٦)، متن القدوري ص (٢٨)، المبسوط (٤/ ٣٤، ٣٥)، تحفة الفقهاء (١/ ٤١٠، ٤١١)، فتح القدير مع الهداية (٢/ ٥٠٣، ٥٠٤)، البناية (٤/ ١٦٠ - ١٦٢).

(٢) ومذهب الشافعية: عندهم قولان مشهوران، قال النووي: أصحهما أنه واجب، والثاني سنة ، انظر: الأم (٢/ ١٧٩، ١٨٠)، مختصر المزني ص (٦٩)، المجموع شرح المهذب (٨/ ٢٥٣ - ٢٥٦)، فتح العزيز بذيل المجموع (٧/ ٤١١ - ٤١٧).

(٣) في المخطوط: «بالبيت».

(٤) سبق تخريجه.

(٥) أخرجه البخاري، كتاب: الحيض، باب: كيف كان بدء الحيض، برقم (٢٩٤)، ومسلم،كتاب: الحج، باب: بيان وجوه الإحرام وأنه يجوز إفراد الحج، برقم (١٢١١)، وأبو داود، (١٧٨٢)، والترمذي مختصرًا، (٩٤٥)، والنسائي (٢٩٠)، وابن ماجه، (٢٩٦٣)، من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٦) ليست في المخطوط.

داخِلِ المواقيتِ في حكمِ أهلِ مكّةَ فلا يجبُ عليهم كما لا يجبُ على أهلِ مكّةَ، وقال أبو يوسفَ: أحَبُّ إليَّ أنْ يَطوفَ المكِّيُّ طَوافَ الصَّدْرِ؛ لأنّه وُضِعَ لخَتْمِ أفعالِ الحجِّ، وهذا المعنى يوجَدُ في أهلِ مكّةَ.

ولو نَوَى الآفاقيُّ الإقامةَ بمكّةَ أبَدًا بأنْ توطَّنَ بها، واتَّخذَها دارًا فهذا لا يخلو من أحدِ وجهينِ:

إمَّا أنْ نَوَى الإقامةَ بها قبلَ أنْ يَحِلَّ النَّفْرُ الأوّلُ، وإمّا أنْ نَوَى بعدَ ما حَلَّ النَّفْرُ الأوّلُ، فإنْ نَوَى الإقامةَ قبلَ أنْ يَحِلَّ النّفرُ الأوّلُ سَقَطَ عنه طَوافُ الصَّدْرِ أي لا يجبُ عليه بالإجماعِ، وإنْ نَوَى بعدَ ما حَلَّ النَّفْرُ الأوّلُ لا يسقُطُ، وعليه طَوافُ الصَّدْرِ في قولِ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ: يسقُطُ عنه [في الحالين] (١) إلاَّ إذا كان شَرَعَ فيه.

ووجه قولِه: أنّه لَمَّا نَوَى الإقامةَ صار كواحِدٍ من أهلِ مكّةَ، وليس على أهلِ مكّةَ طَوافُ الصَّدْرِ إلاَّ إذا شَرَعَ فيه؛ لأنّه وجب عليه بالشُّروعِ فلا يجوزُ له تركُه بل يجبُ عليه المُضيُّ فيه.

ووجه قولِ أبي حنيفةَ: أنّه إذا حَلَّ له النّفْرُ فقد وجب عليه الطّوافُ لدخولِ وقتِه (إلاَّ أنّه مُرَتَّبٌ على طَوافِ الزِّيارةِ كالوترِ مع العِشاءِ) (٢)، فنيّةُ الإقامةِ بعدَ ذلك لا تَعملُ، كما إذا نَوَى الإقامةَ بعدَ خُروجِ وقتِ الصّلاةِ.

ومنها: الطّهارةُ من الحيضِ والنِّفاسِ، فلا يجبُ على الحائضِ، والنُّفساءِ حتّى لا يجبُ عليهما الدّمُ بالتّرْكِ لما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ رَخَّصَ للحُيّضِ تركَ هذا الطّوافِ (٣) لا إلى بَدَلٍ فدلَّ أنّه غيرُ واجبٍ عليهِنّ إذْ لو كان واجبًا لَما جاز تركُه إلا إلى بَدَلٍ، وهو الدّمُ فأمّا الطّهارةُ عن الحدَثِ، والجنابةِ فليستْ بشرطٍ للوُجوبِ، ويجبُ على المُحْدِثِ والجُنُبِ؛ لأنّه يُمْكِنُهما إزالةُ الحدَثِ والجنابةِ فلم يكنْ ذلك عُذْرًا، واللهُ أعلَمُ.

* * *

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «وجوبًا متفردًا».
(٣) سبق تخريجه.

فصل [في شرائط جوازه]

وأمَّا شَرائطُ جوازِه: فمنها: النِّيَّةُ؛ لأنه عِبادةٌ فلا بُدَّ له من النِّيَّةِ، فأمَّا تَعيينُ النِّيَّةِ فليس بشرطٍ حتّى لو طافَ بعدَ طَوافِ الزِّيارةِ لا يُعَيِّنُ شيئًا أو نَوى تَطوُّعًا كان للصَّدْرِ؛ لأنّ الوقتَ تُعيِّنُ [النِّيَّةَ] (١) له، فتنصَرِفُ مُطْلَقُ النِّيَّةِ إليه كما في صومِ رمضانَ.

ومنها: أنْ يكونَ بعدَ طَوافِ الزِّيارةِ حتّى إذا نَفر في النَّفْرِ الأوّلِ فطافَ طَوافًا لا يَنْوِي شيئًا أو نَوى تَطوُّعًا أو الصَّدْرَ: يَقَعُ عنِ الزِّيارةِ لا عنِ الصَّدْرِ؛ لأنّ الوقتَ له [طَوافٌ] (٢)، وطَوافُ الصَّدْرِ مُرَتَّبٌ عليه. فأمَّا النَّفْرُ على فورِ الطّوافِ فليس من شَرائطِ جوازِه حتّى لو طافَ للصَّدْرِ ثمّ تَشاغَلَ بمكّةَ بعدَه لا يجبُ عليه طَوافٌ آخرُ.

فإنْ قِيلَ: أليس أنّ النّبيّ ﷺ قال: «**مَنْ حَجَّ هذا البيتَ فليكنْ آخِرُ عَهْدِه به الطّوافَ**» (٣) فقد أمرَ أنْ يكونَ آخِرُ عَهْدِه الطّوافَ بالبيتِ، ولَمَّا تَشاغَلَ بعدَه لم يَقَعِ الطّوافُ آخِرَ عَهْدِه به فيجبُ أنْ لا يجوزَ؛ إذْ لم يَأتِ بالمأمورِ به.

فالجوابُ أنّ المُرادَ منه آخِرُ [عَهْدِه] بالبيتِ نُسُكًا لا إقامةً، والطّوافُ آخِرُ مَناسِكِه بالبيتِ، وإنْ تَشاغَلَ بغيرِه. ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ أنّه قال: إذا طافَ للصّدْرِ ثمّ أقامَ إلى العِشاءِ فأَحَبُّ إلَيّ أنْ يَطوفَ طَوافًا آخَرَ لئَلاَّ يَحولَ بين طَوافِه وبين نَفْرِه حائلٌ.

وكذا الطّهارةُ عن الحدَثِ والجنابةِ ليستْ بشرطٍ لجوازِه فيجوزُ طَوافُه إذا كان مُحْدِثًا أو جُنُبًا ويُعتَدُّ به، والأفضلُ أنْ يُعيدَ طاهرًا، فإنْ لم يُعِدْ جاز، وعليه شاةٌ إنْ كان جُنُبًا [١/ ٢٣٢ب]؛ لأنّ النّقْصَ كثيرٌ فيُجْبَرُ بالشّاةِ كما لو ترك أكثرَ الأشواطِ، وإنْ كان مُحْدِثًا ففيه روايتانِ عن أبي حنيفةَ: في روايةٍ: عليه صَدَقةٌ، وهي الرِّوايةُ الصّحيحةُ، وهو قولُ أبي يوسفَ ومحمّدٍ؛ لأنّ النّقْصَ يسيرٌ فصار كشوْطٍ أو شوْطَيْنِ. وفي روايةٍ: عليه شاةٌ؛ لأنّه طَوافٌ واجبٌ فأشبَهَ طَوافَ الزِّيارةِ، وكذا سَتْرُ عَوْرَتِه ليس بشرطٍ للجوازِ حتّى لو طاف مكشوفَ العوْرةِ قدرَ ما لا تجوزُ به الصّلاةُ جاز، ولكنْ يجبُ عليه الدّمُ. وكذا الطّهارةُ عن النّجاسةِ إلاَّ أنّه يُكْرَه، ولا شيءَ عليه، والفرقُ ما ذكرنا في طَوافِ الزِّيارةِ، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) سبق تخريجه.

فصل [في بيان قدره وكيفيته]

وأمّا قدرُه وكيفيتُه: فمثلُ سائرِ الأطوِفةِ، ونذكرُ السّنَنَ التي تَتَعَلَّقُ به في بيانِ سُنَنِ الحجِّ إنْ شاء اللّه تعالى.

فصل [في بيان وقته]

وأمّا وقتُه: فقد رُوِيَ عن أبي حنيفةَ أنّه قال: ينبغي للإنسانِ إذا أرادَ السّفر أنْ يَطوفَ طَوافَ الصّدْرِ حينَ يُريدُ أنْ يَنْفِرَ، وهذا بيانُ الوقتِ المُستَحَبِّ لا بيانُ أصلِ الوقتِ، ويجوزُ في أيّامِ النّحْرِ، وبعدَها، ويكونُ أداءً لا قضاءً حتّى لو طافَ طَوافَ الصّدْرِ ثمّ أطالَ الإقامةَ بمكّةَ، ولم يَنْوِ الإقامةَ بها، ولم يَتَّخِذْها دارًا جاز طَوافُه، وإنْ أقام سَنةً بعدَ الطّوافِ، إلاَّ أنّ الأفضلَ أنْ يكونَ طَوافُه عندَ الصّدْرِ لما قلنا، ولا يلزَمُه شيءٌ بالتّأخيرِ عن أيّامِ النّحْرِ بالإجماعِ.

فصل [في بيان مكانه]

وأمّا مكانُه: فحولَ البيتِ لا يجوزُ إلاَّ به لقولِ النّبيِّ ﷺ: **«مَنْ حَجَّ هذا البيتَ فلْيكنْ آخِرَ عَهْدِه به الطّوافُ»** (١)، والطّوافُ بالبيتِ هو الطّوافُ حولَه، فإنْ نَفر ولم يَطُفْ يجبُ عليه أنْ يرجعَ، ويَطوفَ ما لم يُجاوِزِ الميقاتَ (٢)؛ لأنّه ترك طَوافًا واجبًا، وأمكَنَه أنْ يَأتيَ به من غيرِ الحاجةِ إلى تجديدِ الإحرامِ فيجبُ عليه أنْ يرجعَ، ويَأتيَ به، وإنْ جاوَزَ الميقاتَ (٣) لا يجبُ عليه الرّجوعُ؛ لأنّه لا يُمْكِنُه الرّجوعُ إلاَّ بالتزامِ عُمْرةٍ بالتِزامِ إحرامِها ثمّ إذا أرادَ أنْ يمضيَ مَضَى، وعليه دَمٌ، وإنْ أرادَ أنْ يرجعَ أحرم بعُمْرةٍ ثمّ رجع، وإذا رجع يَبْتَدِئُ بطَوافِ العُمْرةِ ثمّ بطَوافِ الصّدْرِ، ولا شيءَ عليه لتَأخيرِه عن مكانِه، وقالوا: الأولى أنْ لا يرجعَ، ويُريقُ دَمًا مَكان الطّوافِ؛ لأنّ هذا أنْفَعُ للفُقراءِ، وأيسَرُ عليه لما فيه من دَفْعِ مَشَقّةِ السّفَرِ، وضَرَرِ التِزامِ الإحرامِ، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) في المخطوط: «المواقيت».
(٣) في المخطوط: «المواقيت».

فصل [في بيان سنن الحج والترتيب في أفعاله]

وأمَّا بيانُ سُنَنِ الحجِّ وبيانُ التَّرْتيبِ في أفعالِه من الفرائضِ والواجباتِ والسّنَنِ فنقول وباللَّه التَّوْفيقُ:

إذا أرادَ أنْ يُحْرِمَ اغتسل أو توضَّأ، والغُسلُ أفضلُ لما رُوِيَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ لَمَّا بَلَغَ ذا الحُليفةِ اغتسل لإحرامِه[1]، وسَواءٌ كان رجلاً أو امرأةً، والمرأةُ طاهرةٌ عن الحيضِ والنِّفاسِ أو حائضٌ أو نُفَساءُ؛ لأنّ المقصُودَ من إقامةِ هذه السّنّةِ النّظافةُ فيستَوِي فيها الرّجُلُ والمرأةُ، وحالُ طُهْرِ المرأةِ، وحَيْضُها، ونِفاسُها.

والدّليلُ عليه أيضًا ما رُوِيَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ لَمَّا نزل تحت الشّجَرةِ في بَيْعةِ الرِّضْوانِ أتاه أبو بكرٍ الصِّدِّيقُ رضي الله عنه (وقال له)[2]: إنّ أسماءَ قد نَفِسَتْ، وكانتْ ولَدَتْ محمّدَ بنَ أبي بكرٍ رضي الله عنه فقال له النّبيُّ ﷺ: **«مُرْها فلْتَغْتَسِلْ، ولْتُحْرِم بالحجِّ»**[3].

وكذا رُوِيَ أنّ عائشةَ رضي الله عنها حاضَتْ فأمرَها بالاغتِسالِ والإهلالِ بالحجِّ[4]، والأمرُ بالاغتِسالِ في الحديثَيْنِ على وجه الاستحبابِ دونَ الإيجاب؛ لأنّ الاغتِسالَ عن الحيضِ والنِّفاسِ لا يجبُ حالَ قيامِ الحيضِ والنِّفاسِ، وإنّما كان الاغتِسالُ أفضلَ؛ لأنّ النّبيّ ﷺ اختارَه على الوضوءِ لإحرامِه، وكان يختارُ من الأعمالِ أفضلَها. وكذا أمرَ به

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (١/ ٦١٥)، (١٦٣٨)، والبيهقي في السنن (٥/ ٣٣)، (٨٧٢٧)، والدارقطني (٢/ ٢١٩)، (٢١)، وذكره ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٢/ ٢٣٥)، (٩٩٢) من حديث ابن عباس، وقال: ويعقوب ضعيف.

(٢) في المخطوط: «فأخبره».

(٣) أخرجه النسائي في كتاب: مناسك الحج، باب: الغسل للإهلال، حديث (٢٦٦٣)، وأحمد، (٢٦٥٤٤)، ومالك، (٧٠٩)، وأبو يعلى (١/ ٥٤)، (٥٤)، والطبراني في الكبير (٢٤/ ١٣٨)، (٣٦٦)، وذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (٢/ ٢٣٥)، (٩٩٣)، من حديث أسماء بنت عميس، وقال: قال الدارقطني في «العلل»: الصحيح قول مالك ومن وافقه أي بإرساله، قلت: والحديث صحيح كما في صحيح النسائي، وفيه «مرها فلتغتسل ثم لتهل» وله شاهد من حديث جابر عند مسلم في كتاب: الحج، باب: حجة النبي ﷺ، حديث (١٢١٨)، وفيه «قال: اغتسلي واستثفري بثوب وأحرمي».

(٤) أخرجه البخاري في كتاب: الحيض، باب: كيف تهل الحائض بالحج والعمرة، حديث (٣١٩)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: بيان وجوه الإحرام، حديث (١٢١١)، وأبو داود (١٧٧٨)، والنسائي (٢٤٢)، وابن ماجه (٣٠٠٠)، وابن حبان (٩/ ٢٣٧)، (٣٩٢٧)، من حديث عائشة، وفيه «فأمرني النبي ﷺ أن أنقض رأسي وأمتشط وأهل بحج».

عائشةَ وأسماءَ رضي الله عنهما ولأنّ معنى النّظافةِ فيه أتَمُّ وأوفَرُ.

ويلبَسُ ثَوْبَيْنِ إزارًا ورِداءً؛ لأنّه رُوِيَ أنّ النّبيّ ﷺ لَبِسَ ثَوْبَيْنِ إزارًا ورِداءً [١]، ولأنّ المُحْرِمَ مَمْنوعٌ عن لُبْسِ المِخيَطِ، ولا بُدَّ من سَتْرِ العوْرةِ، وما يُتَّقَى به الحرُّ والبرْدُ، وهذه المعاني تحصُلُ بإزارٍ ورِداءٍ جَديدَيْنِ كانا أو غَسيلينِ؛ لأنّ المقصُودَ يحصُلُ بكُلِّ واحِدٍ منهما إلاَّ أنّ الجديدَ أفضلُ؛ لأنّه أنْظَفُ، وينبغي لوَليِّ مَنْ أحرم من الصِّبْيانِ العُقَلاءِ أنْ يُجَرِّدَه، ويُلْبِسَه ثَوْبَيْنِ إزارًا ورِداءً؛ لأنّ الصّبيّ في مُراعاةِ السّنَنِ كالبالِغِ.

ويدهنُ بأيِّ دُهْنٍ شاء، ويتطَيّبُ بأيِّ طيبٍ شاء سَواءٌ كان طيبًا تَبْقَى عَيْنُه بعدَ الإحرامِ أو لا تَبْقَى في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وهو قولُ محمّدٍ أوّلاً، ثمّ رجع، وقال: يُكْرَه له أنْ يتطَيّبَ بطيبٍ تَبْقَى عَيْنُه بعدَ الإحرامِ. وحُكِيَ عن محمّدٍ في سببِ رُجوعِه أنّه قال: كُنْتُ لا أرى به بَأسًا حتّى رأيتُ قَوْمًا أحضروا طيبًا كثيرًا، ورأيتُ أمرًا شَنيعًا فكَرِهْتُه [٢]، وهو قولُ مالِكٍ [٣].

احتَجَّ محمّدٌ بما رُوِيَ أنّ النّبيّ ﷺ [١/ ٢٣٣] قال للأعرابيِّ: «اغسِلْ عنكَ هذا الخلوفَ» [٤]. ورُوِيَ عن عمرَ، وعثمانَ رضي الله عنهما أنّهما كرِها ذلك، ولأنّه إذا بَقِيَ عَيْنُه يَنْتَقِلُ من الموضِعِ الذي طَيّبَه إلى موضِعٍ آخرَ فيَصيرُ كأنّه طَيّبَ ذلك الموضِعَ ابتِداءً بعدَ الإحرامِ، ولأبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ ما رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنّها قالتْ: طَيّبْتُ رسولَ اللّه ﷺ لإحرامِه حينَ أحرم، ولإحلالِه حينَ أحَلَّ قبلَ أنْ يَطوفَ بالبيتِ، ولَقد رأيتُ وبيصَ الطِّيبِ في مَفارِقِ رسولِ اللّه ﷺ بعدَ إحرامِه [٥]، ومعلومٌ أنّ وبيصَ

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: ما يلبس المحرم من الثياب، حديث (١٥٤٥) من حديث ابن عباس.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٧٦)، مختصر اختلاف العلماء (٢/ ١١٤).

(٣) مذهب المالكية: أنه يكره للمحرم مس الطيب وشمه. انظر: المدونة (١/ ٤٥٦). ص ١٠١

(٤) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: يفعل في العمرة ما يفعل في الحج، حديث (١٧٨٩)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: ما يباح للمحرم، حديث (١١٨٠)، وأبو داود (١٨١٩) من حديث يعلى بن أمية، وفيه «اغسل عنك أثر الصفرة أو قال: أثر الخلوق»، والخلوق: هو نوع من الطيب أصفر اللون وهو يغير لون اللحية والثياب.

(٥) أخرجه البخاري في كتاب: اللباس، باب: الذريرة، حديث (٥٩٣٠)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: الطيب للمحرم عند الإحرام، حديث (١١٨٩)، والنسائي (٢٦٨٤)، وابن ماجه (٢٩٢٦)، من حديث عائشة، وفيه «قالت: طيبت رسول الله ﷺ بيدي بذريرة في حجة الوداع للحل والإحرام» وأما

الطِّيبِ إنّما يتبَيّنُ مع [١] بَقاءِ عَيْنِه فدَلَّ أنّ الطِّيبَ كان بحيث تَبْقَى عَيْنُه بعدَ [٢] الإحرامِ، ولأنّ التّطَيُّبَ به حَصَلَ مُباحًا في الابتِداءِ لحُصُولِه في غيرِ حالِ الإحرامِ، والبقاءُ على التّطَيُّبِ لا يُسَمَّى تَطَيُّبًا فلا يُكْرَه كما إذا حَلَقَ رأسَه ثمّ أحرم.

وأمَّا حديثُ الأعرابيِّ فهو محمولٌ على ما إذا كان عليه ثَوْبٌ مُزَعفَرٌ، والرّجُلُ يُمْنَعُ من المُزَعفَرِ في غيرِ حالِ الإحرامِ ففي حالِ الإحرامِ أولى، حَمَلْناه على هذا تَوْفيقًا بين الحديثَيْنِ بقدرِ الإمكانِ.

وأمَّا حديثُ عمرَ، وعثمانَ فقد رُوِيَ عن ابنِ عمرَ، وعائشةَ رضي الله عنهما بخلافِه فوَقَعَ التّعارُضُ فسَقَطَ الاحتِجاجُ بقولِهِما.

وما ذُكِرَ من معنى الانتِقالِ إلى مكان آخَرَ غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ اعتِبارَه يوجِبُ الجزاءَ لو انتقل، وليس كذلك بالإجماعِ. ولو ابتَدَأَ الطِّيبَ بعدَ الإحرامِ فوَجَبَتْ عليه الكفَّارةُ فكَفَّرَ، وبَقِيَ عليه هل يلزَمُه كفّارةٌ أُخرى ببَقاءِ الطِّيبِ عليه، اختلف المشايخُ فيه، قال بعضُهم: يلزَمُه كفّارةٌ أُخرى؛ لأنّ ابتِداءَ الإحرامِ كان محظورًا لوُجودِه في حالِ الإحرامِ فكذا البقاءُ عليه بخلافِ المسألةِ الأُولى، وقال بعضُهم: لا يلزَمُه كفّارةٌ أُخرى؛ لأنّ حكمَ الابتِداءِ قد سَقَطَ [عنه] [٣] بالكفَّارةِ، والبقاءُ على الطِّيبِ لا يوجِبُ الكفَّارةَ كما في المسألةِ الأُولى.

ثمّ يُصلّي ركعتَيْنِ لما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: **«أتاني آتٍ من ربِّي، وأنا بالعقيقِ، وقال لي: صَلِّ في هذا الوادي المُبارَكِ ركعتَيْنِ، وقُلْ: لَبَّيْكَ بعُمْرةٍ وحَجَّةٍ»** [٤]؛ [لأنّه كان قارِنًا] ثمّ يَنْوِي الإحرامَ.

ويُستَحَبُّ له أنْ يتكلّمَ بلِسانِه ما نَوَى بقَلْبه فيقولَ إذا أرادَ أنْ يُحْرِمَ بالحجِّ: اللّهُمَّ إنّي أُريدُ الحجَّ فيسِّرْه لي، وتقَبَّلْه مِنّي، وإذا أرادَ أنْ يُحْرِمَ بالعُمْرةِ يقولُ: اللّهُمَّ إنّي أُريدُ

قولها رضي الله عنها «رأيت وبيص الطيب في مفارق...» فهو عند البخاري في كتاب: الغسل، باب: من تطيب ثم اغتسل، حديث (٢٧١)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: الطيب للمحرم عند الإحرام، حديث (١١٩٠)، وأبو داود (١٧٤٦).

(١) في المخطوط: «بعد».
(٢) في المخطوط: «به».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: قول النبي ﷺ العقيق واد مبارك، حديث (١٥٣٤)، وأبو داود (١٨٠٠)، وابن ماجه (٢٩٧٦)، والبيهقي في السنن (٥/ ١٣)، (٨٦٢٩)، وابن خزيمة (٤/ ١٦٩)، (٢٦١٧)، من حديث عمر.

العُمْرةَ فيسِّرْها لي، وتقبَّلْها مِنِّي، وإذا أرادَ القرانَ يقولُ: اللَّهُمَّ إنِّي أُريدُ العُمْرةَ، والحجَّ فيسِّرْهما لي، وتقبَّلْهما مِنِّي؛ لأنّ الحجَّ عِبادةٌ عَظيمةٌ فيها كُلْفةٌ ومَشَقَّةٌ شَديدةٌ فيُستَحَبُّ الدُّعاءُ بالتَّيْسيرِ، والتّسهيلِ، وبِالقبولِ بعدَ التّحصيلِ إذْ لا كُلُّ عِبادةٍ تُقْبَلُ.

ألا ترى أنّ إبراهيمَ وإسماعيلَ عليهما الصلاة والسلام لَمَّا بَنَيا البيتَ على الوجه الذي أُمِرا ببِنائه سَألا رَبَّهما قَبولَ ما فعَلا، فقالا: ﴿رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّآ إِنَّكَ أَنتَ ٱلسَّمِيعُ ٱلْعَلِيمُ﴾ [البقرة: ١٢٧].

وَيُستَحَبُّ أنْ يذكرَ الحجَّ والعُمْرةَ أو هما في إهلالِه، ويُقَدِّمُ العُمْرةَ على الحجِّ في الذِّكْرِ إذا أَهَلَّ بهما، فيقولُ: لَبَّيْكَ بعُمْرةٍ وحَجَّةٍ، لما رَوَيْنا عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: **«أتاني آتٍ من رَبِّي، وأنا بالعقيقِ فقال صَلِّ في هذا الوادي المُبارَكِ ركعتَينِ، وقُلْ لَبَّيكَ بعُمْرةٍ وحَجَّةٍ»**[1]، وإنّما يُقَدِّمُ العُمْرةَ على الحجِّ في الذِّكْرِ لأنّ النّبيّ ﷺ أُمِرَ أنْ يقولَ كذلك، ولأنّ العُمْرةَ تُقَدَّمُ على الحجِّ في الفعلِ فكذا في الذِّكْرِ.

ثمّ يُلَبِّي في دُبُرِ (كُلِّ صلاةٍ)[2]، وهو الأفضلُ عندَنا[3]، وقال الشّافعيُّ: الأفضلُ أنْ يُلَبِّيَ بعدَ ما استوى على راحِلَتِه، وقال مالِكٌ: بعدَ ما استوى على البيْداءِ[4]، وإنّما اختلفوا فيه لاختِلافِ الرِّوايةِ في أوّلِ تَلْبيةِ النّبيِّ ﷺ، رُوِيَ [عن][5] ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنه أنّه لَبّى دُبُرَ صلاتِه[6].

ورُوِيَ [عن][7] ابنِ عمرَ رضي الله عنهما أنّه لَبَّى حينَ ما استوى على راحِلَتِه[8].

---

(١) سبق تخريجه بنحو الحديث السابق.
(٢) في المخطوط: «صلاته».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٩)، الجوهرة النيرة (١/ ١٥١)، فتح القدير (٢/ ٤٣٣)، البحر الرائق (٢/ ٣٤٦)، مجمع الأنهر (١/ ٢٧٠).
(٤) وفي بيان مذهب المالكية: قيل لابن القاسم: متى يُلبي في قول مالك أفي دبر صلاة مكتوبة أم في دبر صلاة نافلة، أو إذا استوت به راحلته بذي الحليفة أو إذا انطلقت به؟ قال: يلبي إذا استوت به راحلته في فناء المسجد» انظر المدونة (١/ ١٤٨)، الخرشي (٢/ ٣٢٤)، حاشية العدوي (١/ ٥٢٢).
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) أخرجه أحمد، (٢٥٧٤)، من حديث ابن عباس، وذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٢١)، وقال: فيه خصيف بن عبد الرحمن، ضعفه بعضهم.
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، (٣/ ٣٩٧)، برقم (١٥٣١٢)، ولفظه: «عن ابن عمر قال: كان إذا انبعث به راحلته لبى».

ورَوَى جابرُ بنُ عبدِ اللَّه رضي الله عنه أنّه ﷺ لَبَّى حينَ استوى على البيْداءِ [١]، وأصحابُنا أخَذوا بروايةِ ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنه؛ لأنّها مُحْكَمةٌ في الدّلالةِ على الأوّليّةِ، وروايةُ ابنِ عمرَ وجابرٍ رضي الله عنهما مُحْتَمَلةٌ لجوازِ أنّ ابنَ عمرَ رضي الله عنه لم يَشْهَدْ تَلْبيةَ النّبيِّ ﷺ دُبُرَ الصّلاةِ، وإنّما شهِدَ تَلْبيته حالَ استِوائه على الرّاحِلةِ فظَنّ أنّ ذلك أوّلُ تَلْبيَتِه فروَى ما رأى، وجابرٌ لم يَرَ تَلْبيته إلاّ عندَ استِوائه على البيْداءِ فظَنّ أنّه أوّلُ تَلْبيَتِه فروَى ما رأى.

والدّليلُ على صِحّةِ هذا التّأويلِ ما رُوِيَ عن سَعيدِ بنِ جُبَيْرٍ أنّه قال: قُلْتُ لابنِ عبّاسٍ كيف اختلف أصحابُ رسولِ اللَّه ﷺ في إهلالِه؟ فقال: أنا أعلمُ بذلك، صلّى رسولُ اللَّه ﷺ في مسجِدِ ذي الحُليفةِ ركعتَيْنِ، وأهَلّ بالحجِّ، وكانتْ ناقتُه مُسَرَّجةً على بابِ المسجِدِ، وابنُ عمرَ عندَها فرآه قَوْمٌ فقالوا: أهَلَّ عَقيبَ [١/ ٢٣٣ب] الصّلاةِ ثمّ استوى على راحِلَتِه، وأهَلَّ فكان النّاسُ يَأتونَه أرسالاً فأدركَه قَوْمٌ، فقالوا: إنّما أهَلَّ حينَ استوى على راحِلَتِه ثمّ ارتفَعَ على البيْداءِ فأهَلَّ فأدركَه قَوْمٌ فقالوا: إنّما أهَلَّ حينَ ارتفَعَ على البيْداءِ، وايمُ اللَّه لَقد أوجبه في مُصلّاه [٢].

ويُكْثِرُ التّلْبيةَ بعدَ ذلك في أدبارِ الصّلواتِ فرائضَ كانتْ أو نوافِلَ، وذكر الطّحاوِيُّ أنّه يكبرها [٣] في أدبارِ المكتوباتِ دونَ النّوافِلِ والفوائتِ، وأجراها مجرى التّكبيرِ في أيّامِ التّشْريقِ، والمذكورُ في ظاهرِ الرِّوايةِ في أدبارِ الصّلواتِ عامًّا من غيرِ تخصيصٍ، ولأنّ فضيلةَ التّلْبيةِ عَقيبَ الصّلاةِ لاتّصالِها بالصّلاةِ التي هي ذِكْرُ اللَّه عَزَّ وجَلَّ إذِ الصّلاةُ من أوّلِها إلى آخِرِها ذِكْرُ اللَّه تعالى، وهذا يوجَدُ في التّلْبيةِ عَقيبَ كُلِّ صلاةٍ، وكُلّما عَلا شَرَفًا، وكُلَّما هَبَطَ واديًا، وكُلَّما لَقيَ رَكْبًا، وكُلَّما استَيْقَظَ من مَنامِه، وبِالأسحارِ لما رُوِيَ أنّ أصحابَ رسولِ اللَّه ﷺ كذا كانوا يَفْعَلونَ.

ويَرْفَعُ صوتَه بالتّلْبيةِ لما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «**أفضلُ الحجِّ العجُّ، والثّجُّ**»[٤]،

(١) أخرجه أحمد، (١٤٠٣١)، وابن خزيمة، (٤/ ١٧٣)، برقم (٢٦٢٦).
(٢) أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار»، (٢/ ١٢٣)، ولفظه: «عن سعيد بن جبير قال: قيل لابن عباس: ثم كيف اختلف الناس في إهلال النبي ﷺ؟ فقالت طائفة: أهل في مصلاه، وقالت طائفة: حين استوت به راحلته، وقالت طائفة: حين علا على البيداء، . . .».
(٣) في المطبوع: «يكثر».
(٤) أخرجه الترمذي في كتاب: الحج، باب: ما جاء في فضل التلبية، حديث (٨٢٧)، والحاكم في المستدرك (١/ ٦٢٠)، (١٦٥٥)، وابن خزيمة (٤/ ١٧٥)، (٢٦٣١)، والبيهقي في السنن (٥/ ٤٢)،

والعجُّ: هو رَفْعُ الصّوتِ بالتّلْبيةِ، والثّجُّ: هو سَيَلانُ الدّمِ، وعن خَلاَّدِ بنِ السّائبِ الأنْصاريِّ عن أبيه رضي الله عنه عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: **«أتاني جبريلُ، وأمرَني أنْ آمُرَ أصحابي، ومَنْ مَعي أنْ يَرْفَعوا أصواتَهم بالتّلْبيةِ فإنّها من شَعائرِ الحجِّ»**(١) أمرَ برَفْعِ الصّوتِ في التّلْبيةِ، وأشارَ إلى المعنى، وهو أنّها من شَعائرِ الحجِّ، والسّبيلُ في أذكارٍ هي من شَعائرِ الحجِّ (٢) إشهارُها، وإظهارُها كالأذانِ ونحوِه.

والسّنّةُ أنْ يَأتيَ بتَلْبيةِ رسولِ اللّه ﷺ، وهي أنْ يقولَ: لَبَّيْكَ اللّهُمَّ لَبَّيْكَ، [لَبَّيْكَ] (٣) لا شَريكَ لَكَ لَبَّيْكَ(٤)، إنّ الحمْدَ، والنّعمةَ لَكَ، والمُلْكَ، لا شَريكَ لَك، كذا رُوِيَ [عن] ابنِ مسعودٍ، وابنِ عمرَ هذه الألفاظُ في تَلْبيةِ رسولِ اللّه ﷺ فالسّنّةُ أنْ يَأتيَ بها، ولا يَنْقُصُ شيئًا منها، وإنْ زادَ عليها فهو مُستَحَبٌّ عندَنا، وعندَ الشّافعيِّ لا يزيدُ عليها كما لا يَنْقُصُ منها، وهذا غيرُ سَديدٍ؛ لأنّه لو نَقَصَ منها لَترك شيئًا من السّنّةِ، ولو زادَ عليها فقد أتَى بالسّنّةِ، وزيادةٍ.

والدّليلُ عليه ما رُوِيَ عن جَماعةٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم أنّهم كانوا يزيدونَ على تَلْبيةِ رسولِ اللّه ﷺ، (كان ابنُ) (٥) مسعودٍ رضي الله تعالى عنه يزيدُ: لَبَّيْكَ عَدَدَ التُّرابِ، لَبَّيْكَ لَبَّيْكَ ذا المعارِجِ، لَبَّيْكَ لَبَّيْكَ (٦) إلَهَ الحقِّ لَبَّيْكَ، وكان ابنُ عمرَ يزيدُ: لَبَّيْكَ

(٨٧٩٩)، وقال الترمذي: غريب لا نعرفه إلا من حديث أبي فديك ومحمد بن المنكدر لم يسمع من عبد الرحمن بن يربوع، وقال البيهقي: قال أبو عيسى: «سألت عنه البخاري فقال: هو عندي مرسل» قلت: وهو حسن كما في السلسلة الصحيحة (١٥٠٠).

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: المناسك، باب: كيف التلبية، حديث (١٨١٤)، والترمذي (٨٢٩)، والنسائي (٢٧٥٣)، وابن ماجه (٢٩٢٢)، وابن حبان (٩/ ١١١)، (٣٨٠٢) من حديث السائب بن خلاد، قلت: وهو صحيح كما في صحيح الجامع (٦٢).

(٢) في المخطوط: «الإسلام». (٣) ليست في المخطوط.

(٤) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: التلبية، حديث (١٥٤٩)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: التلبية وصفتها، حديث (١١٨٤)، وأبو داود (١٨١٢)، والترمذي (٨٢٥)، والنسائي (٢٧٤٧)، وابن ماجه (٢٩١٨)، من حديث ابن عمر، والنسائي (٢٧٥١)، من حديث ابن مسعود ولم يذكر فيه: «والملك لا شريك لك».

(٥) في المخطوط: «كابن».

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، (٣/ ٣٧٥)، برقم (١٥٠٧٢)، ولفظه: «عن عبد الرحمن بن يزيد، قال: كنت مع ابن مسعود فلبى، فقال رجل: من هذا الملبي في هذا اليوم؟ فالتفت إليه ابن مسعود، فقال: لبيك عدد التراب لبيك».

وسَعدَيْكَ، والخيْرُ كُلُّه بيَدَيْكَ، لَبَّيْكَ والرَّغْباءُ إليك، ويُرْوَى [١]: والعملُ والرَّغْباءُ إليكَ، ولأنّ هذا من بابِ الحمْدِ للّه تعالى، والثّناءِ عليه فالزِّيادةُ عليه تكونُ مُستَحَبَّةً لا مكروهةً.

ثمّ اختلفتِ الرِّوايةُ في تَلْبيةِ رسولِ اللّه ﷺ في هذه الكلِمةِ، وهي قولُه: لَبَّيْكَ، إنّ الحمْدَ، والنِّعمةَ لَكَ. ورويَتْ بالكسرِ والفتْحِ، والكسرُ أصَحُّ، وهكذا ذكر محمّدٌ في الأصلِ أنّ الأفضلَ أنْ يقولَ بالكسرِ، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ معنى الفتْحِ فيها يكونُ على التّفْسيرِ أو التّعليلِ، أي أُلَبِّي بأنّ الحمْدَ لَكَ أو أُلَبِّي لأنّ الحمْدَ لَكَ، أي لأجلِ أنّ الحمْدَ لَكَ، وإذا كسَرْتَها صار ما بعدَها ثَناءً وذِكْرًا، مُبْتَدأً لا تفسيرًا، ولا تَعليلاً، فكان أبلَغَ في الذِّكْرِ والثّناءِ فكان أفضلَ.

وَإذا قَدِمَ مكّةَ فلا يَضُرُّه ليلاً دخلها أو نَهارًا لما رُوِيَ أنّ النّبيّ ﷺ دخلها نَهارًا[٢]. ورُوِيَ أنّه دخلها ليلاً. وكذا رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله تعالى عنها أنّها دخلتْها ليلاً.

ورُوِيَ أنّ الحسَنَ والحُسَيْنَ رضي الله تعالى عنهما دَخَلاها ليلاً، وما رُوِيَ عن عمرَ رضي الله تعالى عنه أنّه نَهَى عن دخولِ مكّةَ ليلاً فهو محمولٌ على نَهْيِ الشّفَقةِ مَخافةَ السّرِقةِ كذا أوّلَه إبراهيمُ النّخَعيّ، ولأنّه إذا دخل ليلاً لا يَعرِفُ موضِعَ النُّزولِ فلا يدري أينَ يَنْزِلُ، ورُبّما نزل في غيرِ موضِعِ النُّزولِ فيتأذّى به، ويدخلُ المسجِدَ الحرامَ.

والأفضلُ أنْ يدخلَ من بابِ بَني شيبةَ، ويقولُ: اللّهُمَّ افتح لي أبوابَ رَحمَتِكَ، وأعِذْني من الشّيطانِ الرّجيمِ، وإذا وقَعَ نَظَرُه على البيتِ يقولُ ويُخفي: سبحانَ اللّه، والحمْدُ للّه، ولا إلَهَ إلاّ اللّه، واللّه أكبَرُ، اللّهُمَّ هذا بيتُكَ، عَظَّمْتَه وشَرَّفْتَه وكَرَّمْتَه فزِدْه تَعظيمًا وتشريفًا وتكريمًا، ويَبْدَأُ بالحجَرِ الأسوَدِ فإذا استقبَلَه كبَّرَ، ورفع يَدَيْه كما يَرْفَعُهما في الصّلاةِ، لكنْ حَذْوَ مَنْكِبَيْه لما رُوِيَ عن مكحولٍ أنّ النّبيّ ﷺ لَمّا دخل المسجِدَ بَدَأَ

أما لفظ: «لبيك ذا المعراج»، فأخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف»، (٣/ ٢٠٤)، برقم (١٣٤٦٧)، من قول سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه.

(١) أخرجه مسلم، كتاب: الحج، باب: التلبية وصفتها ووقتها، برقم (١١٨٤)، وأبو داود، برقم (١٨١٢)، والترمذي (٨٢٦)، والنسائي، (٢٧٥٠)، وابن ماجه، (٢٩١٨).

(٢) أخرجه الشافعي في الأم (٢/ ١٤٦)، والبيهقي في «المعرفة» (٤/ ٤٥)، (٢٩٠٥)، مرسلاً من حديث عروة.

بالحجَرِ الأسوَدِ فاستقبَلَه، وكَبَّرَ، وهَلَّلَ[١].

ورَوَيْنا عن النّبيِّ ﷺ في كتابِ الصّلاةِ أنّه قال «**لا تُرفَعُ الأيدي إلاَّ في سبعِ مواطِنَ، وذكر من جُملَتِها عندَ استِلامِ الحجَرِ الأسوَدِ**»[٢] ثمّ يُرْسِلُهما، ويستَلِمُ الحجَرَ إنْ أمكَنَه ذلك من غيرِ أنْ [١/ ٢٣٤أ] يُؤْذيَ أحدًا.

والأفضلُ أنْ يُقبِّلَه لما رُوِيَ أنّ عمرَ رضي الله تعالى عنه التَزَمَه وقبَّلَه، وقال: رأيتُ رسولَ اللّه ﷺ بك حَفيًّا ورُوِيَ أنه قال: واللّه إنّي لأعلمُ أنّكَ حَجَرٌ وأنّكَ لا تَضُرُّ ولا تنفَعُ، ولولا أنّي رأيتُ رسولَ اللّه ﷺ يُقبِّلُكَ ما قَبَّلْتُكَ[٣]، وفي روايةٍ أُخرى، قال: لولا أنّي رأيتُ رسولَ اللّه ﷺ يستَلِمُكَ ما استَلمتُكَ ثمّ استَلَمَه.

وعن ابنِ عمرَ رضي الله تعالى عنهما أنّ رسولَ اللّه ﷺ استقبَلَ الحجَرَ فاستَلَمَه، ثمّ وضَعَ شَفَتَيْه عليه فبَكَى طَويلاً ثمّ التفَتَ فإذا هو بعمرَ يَبْكي، فقال له: ما يُبْكيكَ؟ فقال: يا رسولَ اللّه رأيتُكَ تَبْكي فبَكَيْتُ لبُكائكَ، فقال رسولُ اللّه ﷺ: «**ههنا تُسكَبُ العبَراتُ**»[٤].

وعن ابنِ عبّاسٍ رضي الله تعالى عنهما قال: طافَ رسولُ اللّه ﷺ في حَجَّةِ الوَداعِ على بَعيرٍ يستَلِمُ الرّكْنَ بمِحْجَنٍ ثمّ يَرُدُّه إلى فيه[٥]، وعن ابنِ عبّاسٍ رضي الله تعالى عنهما عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**لَيُبْعَثَنّ الحجَرُ يومَ القيامةِ، وله عَينانِ يُبْصِرُ بهما، وأُذُنانِ يسمَعُ بهما، ولِسانٌ يَنطِقُ به فيَشهَدُ لمَنِ استَلَمَه بالحقِّ**»[٦].

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب: الحج، باب: ما جاء أن عرفة كلها موقف، حديث (١٢١٨)، والترمذي (٨٥٦)، والنسائي (٢٩٣٩)، من حديث جابر، وفيه «أن رسول الله ﷺ لما قدم مكة أتى الحجر فاستلمه» ولم أقف عليه من حديث مكحول.

(٢) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٨)، وقال: وليس فيه «استلام الحجر».

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: ما ذكر في الحجر الأسود، حديث (١٥٩٧)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: استحباب تقبيل الحجر الأسود، حديث (١٢٧٠)، وأبو داود (١٨٧٣)، والنسائي (٢٩٣٧)، وابن ماجه (٢٩٤٣)، وابن حبان (٩/ ١٣٠)، (٣٨٢١)، من حديث عمر بن الخطاب.

(٤) أخرجه ابن ماجه في كتاب: المناسك، باب: استلام الحجر، حديث (٢٩٤٥)، والحاكم في المستدرك (١/ ٦٢٤)، (١٦٧٠)، وابن خزيمة (٤/ ٢١٢)، (٢٧١٢) من حديث ابن عمر، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، قلت: وهو ضعيف جدًا كما في السلسلة الضعيفة (١٠٢٢).

(٥) سبق تخريجه.

(٦) أخرجه الترمذي في كتاب: الحج، باب: ما جاء في الحجر الأسود، حديث (٩٦١)، وابن ماجه (٢٩٤٤)، والطبراني في الكبير (١١/ ١٨٢)، (١١٤٣٢)، من حديث ابن عباس، قلت: وهو صحيح كما في صحيح الجامع (٥٣٤٦).

ورُوِيَ أنّ أصحابَ رسولِ اللّه ﷺ كانوا يستَلِمونَ الحجَرَ ثمّ يُقبّلونَه فيلتزِمه ويُقبّله إنْ أمكَنَه ذلك من غيرِ أنْ يُؤذيَ أحدًا لما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال لعمرَ: «يا أبا حَفصٍ إنّكَ رجلٌ قَوِيٌّ، وإنّكَ تُؤذي الضّعيفَ فإذا وجَدْتَ مسلَكًا فاستَلِم، وإلاّ فدَع وكَبِّرْ وهَلِّلْ»[(١)]، ولأنّ الاستِلامَ سُنّةٌ، وإيذاءُ المسلم حَرامٌ، وتركُ الحرام أولى من الإتيانِ بالسّنّةِ، وإذا لم يُمْكِنْه ذلك من غيرِ أنْ يُؤذيَ استقبَلَه وكبَّرَ وهَلَّلَ وحَمِدَ اللّهَ وأثنى عليه، وصلّى على النّبيِّ ﷺ كما يُصلّي عليه في الصّلاةِ.

ولم يُذْكَرْ عن أصحابِنا فيه دُعاءٌ بعَيْنِه؛ لأنّ الدّعواتِ لا تُحْصَى، وعن مُجاهِدٍ أنّه كان يقولُ: إذا أتَيْتَ الرّكْنَ فقُلِ: اللّهُمَّ إنّي أسأَلُكَ إجابةَ دَعوَتِكَ، وابتِغاءَ رضوانِكَ، واتّباعَ سُنّةِ نَبيِّكَ.

وعن عَطاءٍ رضي الله تعالى عنه قال: كان رسولُ اللّه ﷺ إذا مرَّ بالحجَرِ الأسوَدِ قال: «أعوذُ بربِّ هذا الحجَرِ من الدّينِ والفقرِ وضيقِ الصّدْرِ وعَذابِ القبرِ»[(٢)]، ولا يقطَعُ التّلْبيةَ عندَ استِلامِ الحجَرِ، ويقطَعُها في العُمْرةِ لما نذكرُ إنْ شاء اللّه.

ثمّ يَفْتَتِحُ الطّوافَ، وهذا الطّوافُ يُسَمَّى طَوافَ اللّقاءِ وطَوافَ التّحيّةِ، وطَوافَ أوّلِ عَهْدٍ بالبيتِ، وإنّه سُنّةٌ عندَ عامّةِ العُلَماءِ. وقال مالِكٌ: [إنّه][(٣)] فرضٌ.

واحتَجَّ بظاهرِ قولِه عَزَّ وجَلَّ ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا۟ بِٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٢٩] أمرَ بالطّوافِ بالبيتِ فدَلَّ على الوُجوبِ والفرضيّةِ.

(ولَنا): أنّه لا يجبُ على أهلِ مكّةَ بالإجماعِ، ولو كان رُكْنًا لَوَجَبَ عليهم؛ لأنّ الأركان لا تختَلِفُ بين أهلِ مكّةَ وغيرِهم، كطَوافِ الزّيارةِ فلَمّا لم يجبْ على أهلِ مكّةَ دَلَّ أنّه ليس برُكْنٍ. والمُرادُ من الآيةِ طَوافُ الزّيارةِ لإجماعِ أهلِ التّفْسيرِ، ولأنّه خاطَبَ الكُلَّ بالطّوافِ بالبيتِ، وطَوافُ الزّيارةِ هو الذي يجبُ على الكُلِّ، فأمّا طَوافُ اللّقاءِ فإنّه لا يجبُ على أهلِ مكّةَ دَلَّ على أنّ المُرادَ هو طَوافُ الزّيارةِ. وكذا سياقُ الآيةِ دليلٌ عليه؛ لأنّه أمرَنا بذَبْحِ الهدايا بقولِه عَزَّ وجَلَّ ﴿وَيَذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ فِىٓ أَيَّامٍ مَّعْلُومَٰتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّنۢ بَهِيمَةِ ٱلْأَنْعَٰمِ﴾ [الحج

(١) أخرجه أحمد، (١٩١)، والبيهقي في السنن (٥/ ٨٠)، (٩٠٤٤)، وذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٩)، وقال: ذكره الدارقطني في «العلل».
(٢) لم أقف عليه. (٣) ليست في المخطوط.

:٢٨] ، وأمرَ بقضاءِ التّفثِ، وهو الحلْقُ، والطّوافَ بالبيتِ عَقيبَ ذَبْحِ الهدْيِ ؛ لأنّ كلِمةَ «ثمّ» للتّرْتيبِ مع التّعقيبِ فيقتضي أنْ يكونَ الحلْقُ والطّوافُ مُرتّبيْنِ على الذّبْحِ، والذّبْحُ يختصُّ بأيّامِ النّحْرِ، لا يجوزُ قبلَها فكذا الحلْقُ، والطّوافُ، وهو طَوافُ الزِّيارةِ.

فأمّا طَوافُ اللِّقاءِ فإنّه يكونُ سابِقًا على أيّامِ النّحْرِ فثبت أنّ المُرادَ من الآيةِ الكريمةِ طَوافُ الزِّيارةِ، وبه نقول: إنّه رُكْنٌ.

وإذا افتَتَحَ الطّوافَ يَأخُذُ عن يمينِه مِمّا يَلي البابَ فيَطوفُ بالبيتِ سبعةَ أشواطٍ يَرْمُلُ في الثّلاثةِ الأُوَلِ، ويمشي على هيئَتِه في الأربعةِ الباقيةِ، والأصلُ فيه ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه استلَمَ الحجَرَ ثمّ أخذ عن يمينِه مِمّا يَلي البابَ فطافَ بالبيتِ سبعةَ أشواطٍ[١].

وأمّا الرّمَلُ فالأصلُ فيه أنّ كُلَّ طَوافٍ بعدَه سَعيٌ فمن سُنَنِه الاضْطِباعُ[٢] والرّمَلُ[٣] في الثّلاثةِ الأشواطِ الأُوَلِ منه، وكُلُّ طَوافٍ ليس بعدَه سَعيٌ فلا رملَ فيه، وهذا قولُ عامّةِ الصّحابةِ رضي الله تعالى عنهم إلاّ ما حُكِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله تعالى عنهما أنّ الرّمَلَ في الطّوافِ ليس بسُنّةٍ.

وجه قولِه أنّ النّبيّ ﷺ إنّما رملَ، ونَدبَ أصحابَه إليه لإظهارِ الجلَدِ للمشركينَ، وإبداءِ القوّةِ لهم من أنفسِهم فإنّه رُويَ أنّه دخل رسولُ اللّه ﷺ وأصحابُه مكّةَ، وكُفّارُ قُرَيْشٍ قد صُفَّتْ عندَ دارِ النّدْوةِ يَنْظُرونَ إليهم ويستَضْعِفونَهم ويقولونَ: أوهَنَتْهم حُمّى يَثْرِبَ [١/ ٢٣٤ب] فلَمّا دخل رسولُ اللّه ﷺ المسجِدَ اضْطَبَعَ برِدائه، ورملَ ثمّ قال «رَحِمَ اللّه امرأً أبدى من نفسِه جلَدًا»[٤]. ورُوِيَ أنّه ﷺ قال «رَحِمَ اللّه امرأً أراهم اليومَ من نفسِه قوّةً»[٥]،

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) الاضطباع: أن يدخل الرداء تحت إبطه الأيمن ويرد طرفه على يساره ويبدي منكبه الأيمن ويغطي الأيسر، سُمي بذلك لإبداء أحد الضَّبْعَين وهو التَّأبُّط أيضًا، مختار الصحاح ص (١٥٨).

(٣) الرَّمَلُ: الهرولة: رَمَلَ تَرْمُل رَمَلاً ورَمَلاَنًا، وأحسن بيان لمعنى الرمل قول صاحب النهاية: رمل يَرْمُلُ رَملا ورملانا: إذا أسرع في المشي وهَزَّ منكبيه، انظر مختار الصحاح ص (١٠٨)، النهاية لابن الأثير (٢/ ٢٦٥).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: كيف بدء الرمل، حديث (١٦٠٢)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: استحباب الرمل في الطواف، حديث (١٢٦٦)، وأبو داود (١٨٨٦)، والنسائي (٢٩٤٥)، وابن خزيمة (٤/ ٢١٥)، (٢٧٢٠)، من حديث ابن عباس.

(٥) انظر الحديث السابق.

وذلك المعنى قد زالَ فلم يَبْقَ الرَّمَلُ سُنّةً، لكنّا نقول: الرِّوايةُ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله تعالى عنهما لا تكادُ تَصِحُّ؛ لأنّه قد صَحَّ أنّ رسولَ اللّه ﷺ رملَ بعدَ فتحِ مكّةَ[١].

ورُوِيَ عن ابنِ عمرَ رضي الله عنهما أنّه قال: كان رسولُ اللّه ﷺ إذا طاف بالبيتِ الطّوافَ الأوّلَ خَبَّ ثلاثًا، ومَشَى أربعًا[٢]. وكذا أصحابُه رضي الله تعالى عنهم بعدَه رملوا. وكذا المسلمونَ إلى يومِنا هذا فصار الرَّمَلُ سُنّةً مُتواتِرةً، فإمّا أنْ يُقال: إنّ أوّلَ الرّمَلِ كان لذلك السّبَبِ، وهو إظهارُ الجلادةِ، وإبداءُ القوّةِ للكفَرةِ، ثمّ زالَ ذلك السّبَبُ وبَقِيَتْ سُنّةُ الرّمَلِ على الأصلِ المعهودِ أنّ بَقاءَ السّبَبِ ليس بشرطٍ لبَقاءِ الحكمِ كالبيْعِ، والنّكاحِ، وغيرِهما[٣]، وإمّا أنْ يُقال لَمّا رملَ النّبيُّ ﷺ بعدَ زَوالِ ذلك السّبَبِ صار الرّمَلُ سُنّةً مُبْتَدَأةً فنَتَّبِعُ النّبيّ ﷺ في ذلك، وإنْ كان لا نعقِلُ[٤] معناه، وإلى هذا أشارَ عمرُ رضي الله تعالى عنه حينَ رملَ في الطّوافِ، وقال: ما لي أَهُزُّ كتِفي، وليس ههنا أحدٌ رأيتُه، لكنْ أتّبِعُ رسولَ اللّه ﷺ أو قال: لكنْ أفعَلُ ما فعل رسولُ اللّه ﷺ[٥].

ويَرْمُلُ من الحجَرِ إلى الحجَرِ، وهذا قولُ عامّةِ العُلَماءِ. وقال سَعيدُ بنُ جُبَيْرٍ، وعَطاءٌ، ومُجاهِدٌ، وطاوُسٌ رضي الله تعالى عنهم: لا يَرْمُلُ بين الرّكْنِ اليمانيِّ، وبين الحجَرِ الأسوَدِ، وإنّما يَرْمُلُ من الجانِبِ الآخَرِ.

وجه قولِهم: أنّ الرّمَلَ في الأصلِ كان لإظهارِ الجلادةِ[٦] للمشرِكينَ، والمشرِكونَ إنّما كانوا يَطّلِعونَ على المسلمينَ من ذلك الجانِبِ. فإذا صاروا إلى الرّكْنِ اليمانيِّ لم يَطّلِعوا عليهم لصَيْرورةِ البيتِ حائلاً بينهم وبين المسلمينَ.

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب: الحج، باب: حجة النبي ﷺ، حديث (١٢١٨)، وأبو داود (١٩٠٥)، من حديث جابر وفيه «استلم الركن فرمل ثلاثا، ومشى أربعًا...» وكان هذا في حجة الوداع أي بعد فتح مكة، قلت: وهذا لا ينافي صحة حديث ابن عباس كما ذكر المصنف - رحمه الله - فهو في الصحيحين كما أوردنا، وقد يكون استمرار سُنة الرمل ليتذكر المسلمون دائمًا أنه يجب عليهم إظهار قوتهم، وعدم الظهور بمظهر الضعف.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: ما جاء في السعي، حديث (١٦٤٤)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: استحباب الرمل، حديث (١٢٦١)، وأبو داود (١٨٠٥)، والنسائي (٢٧٣٢) من حديث ابن عمر، والخبب: المشي السريع مع تقارب الخطى.

(٣) في المخطوط: «نحوهما».

(٤) في المخطوط: «يعرف».

(٥) سبق تخريجه.

(٦) في المخطوط: «الجلد».

(ولَنا): ما رُوِيَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ رملَ ثلاثًا من الحجَرِ إلى الحجَرِ[١]، والجوابُ عن قولِهم أنّ الرّمَلَ كان لإظهارِ القوّةِ والجلادةِ، إنّ الرّمَلَ الأوّلَ كان لذلك. وقد زالَ وبَقيَ حكمُه أو صار الرّمَلُ بعدَ ذلك سُنّةً مُبْتَدَأةً لا لما شُرِعَ له الأوّلُ بل لمعنًى آخَرَ لا نعقِلُه.

وأمّا الاضْطِباعُ فلِما رَوَيْنا أنّ رسولَ اللَّه ﷺ كان يَرْمُلُ مُضْطَبِعًا بردائه[٢]، وتفسيرُ الاضْطِباعِ بالرِّداءِ هو أنْ يُدْخِلَ الرِّداءَ من تحتِ إبطِه الأيمَنِ، ويَرُدَّ طَرفه على يسارِه، ويُبْدِيَ مَنْكِبَه الأيمَنَ، ويُغَطِّيَ الأيسَرَ، سُمِّيَ اضْطِباعًا لما فيه من الضَّبعِ، وهو العضُدُ لما فيه من إبداءِ الضَّبْعَيْنِ، وهما العضُدانِ، فإنْ زوحِمَ في الرّمَلِ وقَفَ، فإذا وجدَ فُرْجةً رملَ؛ لأنّه مَمْنوعٌ من فعلِه إلاّ على وجه السّنّةِ فيَقِفُ إلى أنْ يُمْكِنَه فعلُه على وجه السّنّةِ.

ويستَلِمُ الحجَرَ في كُلِّ شوْطٍ يَفْتَتِحُ به إنِ استَطاعَ من غيرِ أنْ يُؤْذيَ أحدًا لما رُوِيَ «أنّ رسولَ اللَّه ﷺ كان كُلَّما مرَّ بالحجَرِ الأسوَدِ استَلَمَه»[٣]، ولأنّ كُلَّ شوْطٍ طَوافٌ على حِدةٍ فكان استِلامُ الحجَرِ فيه مسنونًا كالشّوْطِ الأوّلِ، وإنْ لم يستَطِعِ استقبَلَه وكَبَّرَ وهَلَّلَ.

وأمّا الرّكْنُ اليمانيُّ فلم يذكرْ في الأصلِ أنّ استِلامَه سُنّةٌ، ولكنّه قال: إنِ استَلَمَه فحَسَنٌ، وإنْ تركه لم يَضُرَّه في قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله، وهذا يَدُلُّ على أنّه مُستَحَبٌّ وليس بسُنّةٍ[٤].

وقال محمّدٌ رحمه الله: يستَلِمُه ولا يَتْرُكُه، وهذا يَدُلُّ على أنّ استِلامَه سُنّةٌ، ولا خلافَ في أنّ تقبيلَه ليس بسُنّةٍ. وقال الشّافعيُّ: يستَلِمُه، ويُقَبِّلُ يَدَه[٥]، وجه قولِ محمّدٍ

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب: الحج، باب: استحباب الرمل في الطواف، حديث (١٢٦٢)، وأبو داود (١٨٩١)، والنسائي (١٨٩١)، وابن ماجه (٢٩٥٠) من حديث ابن عمر، والترمذي (٨٥٧)، وابن ماجه (٢٩٥١) من حديث جابر.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، (٣/ ١٧٠)، برقم (١٣١٣٩)، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٤) **انظر في مذهب الحنفية**: الأصل للشيباني (٢/ ٤٠٥) مختصر الطحاوي ص (٦٣)، المبسوط (٤/ ٤٩)، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (١/ ٢٧٣)، الاختيار (١/ ١٤٧)، تحفة الفقهاء (١/ ٤٠٢).

(٥) **انظر في مذهب الشافعية**: الأم (٢/ ١٧٠)، حلية العلماء (٣/ ٢٨٣)، المجموع شرح المهذب (٨/ ٣٤، ٣٥، ٣٦، ٥٨) فتح العزيز مع الوجيز (٧/ ٣١٦، ٣١٩، ٣٢٠).

ما رُوِيَ عن عمرَ رضي الله تعالى عنه أنّه قال: رأيتُ رسولَ اللَّه ﷺ يستَلِمُ هَذَيْنِ الرّكْنَيْنِ، ولا يتسَلَّمُ غيرَهما[١].

وعن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما قال: كان رسولُ اللَّه ﷺ يستَلِمُ الرّكْنَ اليمانيّ، ويَضَعُ خَدَّه عليه[٢].

وجه ما ذكر في الأصلِ وهو أنّه مُستَحَبٌّ وليس بمسنونٍ: أنّه ليس من السّنّةِ تقبيلُه، ولو كان مسنونًا لَسُنّ تقبيلُه كالحجَرِ الأسوَدِ، وعن جابرٍ رضي الله عنه أنّ النّبيّ ﷺ استَلَمَ الرّكْنَ اليمانيّ، ولم يُقَبِّلْه[٣]، وهذا يَدُلُّ على أنّه مُستَحَبٌّ وليس بسُنّةٍ.

وأمّا الرّكْنانِ الآخَرانِ، وهما العِراقيُّ، والشّاميُّ فلا يستَلِمُهما عندَ عامّةِ الصّحابةِ رضي الله عنهم، وهو قولُنا. وعن مُعاوِيةَ، وزَيْدِ بنِ ثابتٍ، وسوَيْدِ بنِ غَفَلَةَ رضي الله عنهم أنّه يستَلِمُ الأركان الأربعةَ.

وعن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه رأى مُعاوِيةَ، وسوَيْدًا استَلَما جميعَ الأركانِ فقال ابنُ عبّاسٍ لمُعاوِيةَ: إنّما يستَلِمُ هَذَيْنِ الرّكْنَيْنِ، فقال مُعاوِيةُ: ليس شيءٌ من البيتِ مَهْجورًا[٤]، والصّحيحُ قولُ العامّةِ؛ لأنّ الاستِلامَ إنّما عُرِفَ سُنّةً بفعلِ رسولِ اللَّه ﷺ ورسولُ اللَّه ﷺ (ما استَلَمَ)[٥] غيرَ الرّكْنَيْنِ لما رَوَيْنا عن عمرَ [١/ ٢٣٥] رضي الله عنه أنّه قال: رأيتُ رسولَ اللَّه ﷺ يستَلِمُ هَذَيْنِ الرّكْنَيْنِ، ولا يستَلِمُ غيرَهما[٦]، ولأنّ

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: من لم يستلم إلا الركنين، حديث (١٦٠٩)، وابن ماجه (٢٩٤٦)، من حديث ابن عمر. ومسلم في كتاب: الحج، باب: استحباب استلام الركنين اليمانيين، حديث (١٢٦٩)، والترمذي (٨٥٨) من حديث ابن عباس.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك (١/ ٦٢٦)، (١٦٧٥)، والبيهقي في السنن (٥/ ٧٦)، (٩٠١٨)، والدارقطني (٢/ ٢٩٠)، (٢٤٢)، وابن خزيمة (٤/ ٢١٧)، (٢٧٢٧)، وأبو يعلى (٤/ ٤٧٢)، (٢٦٠٥) من حديث ابن عباس، وهو ضعيف، وانظر السلسلة الضعيفة (٤١٦٩).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) أخرجه البخاري تعليقًا، كتاب: الحج، باب: من لم يستلم إلا الركنين اليمانيين، من قول ابن عباس، وأخرجه الترمذي، كتاب: الحج، باب: ما جاء في استلام الحجر والركن اليماني. . .، برقم (٨٥٨)، وأحمد، (١٨٨٠)، من حديث معاوية رضي الله عنه، والحديث صححه الألباني في صحيح جامع الترمذي.

(٥) في المخطوط: «لم يستلم».

(٦) أخرجه أحمد، (٦٢٣٦)، والدارقطني، (٢/ ٢٥٥)، برقم (٨٣)، والطبراني في «الكبير»، (١٢/ ٤٢٧)، برقم (١٣٥٦٩).

الاستِلامَ لأركانِ البيتِ، والرّكْنُ الشّاميُّ والعِراقيُّ ليسا من الأركانِ حقيقةً؛ لأنّ رُكْنَ الشّيءِ ناحيتُه، وهما في، وسَطِ البيتِ؛ لأنّ الحطيمَ من البيتِ، وجُعِلَ طَوافُه من وراءِ الحطيمِ، فلو لم يُجْعَلْ طَوافُه من ورائه لَصار تارِكًا الطّوافَ ببعضِ البيتِ إلاّ أنّه لا يجوزُ التّوَجُّه إليه في الصّلاةِ لما ذكرنا فيما تقَدَّمَ.

وَإذا فرَغَ من الطّوافِ يُصلّي ركعتَيْنِ عندَ المقامِ أو حيث تَيسَّرَ عليه من المسجِدِ، وركعتا الطّوافِ واجبةٌ عندَنا[١]، وقال الشّافعيُّ: سُنّةٌ[٢] بناءً على أنّه لا يَعرِفُ الواجبَ إلاّ الفرضَ، وليستا بفَرْضٍ. وقد واظَبَ عليهِما رسولُ اللّه ﷺ فكانتا سُنّةً، ونحنُ نُفَرِّقُ بين الفرضِ والواجبِ، ونقول: الفرضُ ما ثبت وُجوبُه بدليلٍ مقطوعٍ به، والواجبُ ما ثبت وُجوبُه بدليلٍ غيرِ مقطوعٍ به، ودليلُ الوُجوبِ قولُه عزَّ وجَلَّ: ﴿وَٱتَّخِذُواْ مِن مَّقَامِ إِبْرَٰهِـۧمَ مُصَلًّى﴾ [البقرة:١٢٥].

قِيلَ في بعضِ وُجوه التّأويلِ: إنّ مَقام إبراهيمَ ما ظهر فيه آثارُ قَدَمَيْه [الشّريفَيْنِ عليه الصلاة والسلام][٣] وهو حِجارةٌ كان يقومُ عليها حينَ نُزولِه ورُكوبه من الإبِلِ حينَ كان يَأتي إلى زيارةِ هاجَرَ ووَلَدِه إسماعيلَ، فأمرَ النّبيُّ ﷺ باتِّخاذِ ذلك الموضِعِ مُصَلًّى يُصلّي عندَه صلاةَ الطّوافِ مُستقبِلاً الكعبةَ على ما رُوِيَ أنّ النّبيّ عليه السلام لَمَّا قَدِمَ مكّةَ قام إلى الرّكْنِ اليمانيِّ ليُصلّيَ، فقال عمرُ رضي الله تعالى عنه: ألا نَتَّخِذُ مَقام إبراهيمَ مُصَلًّى؟ فأنزل اللّه تعالى: ﴿وَٱتَّخِذُواْ مِن مَّقَامِ إِبْرَٰهِـۧمَ مُصَلًّى﴾ [البقرة:١٢٥][٤]، ومُطْلَقُ الأمرِ لوُجوبِ العملِ.

ورُوِيَ أنّ النبي ﷺ لما فرغ من الطواف أتى المقام وصلى عنده ركعتين وتلا قوله

(١) انظر في مذهب الحنفية: تحفة الفقهاء (١/ ٢٠٤)، فتح القدير مع الهداية (٢/ ٤٥٦)، البناية مع الهداية (٤/ ٧٨ - ٨٠)، الاختيار (١/ ١٤٨)، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (١/ ٢٧٣).

(٢) مذهب الشافعية: قال النووي في المجموع: اتفق الجمهور على أن الأصح من القولين أن ركعتي الطواف سنتان، انظر: حلية العلماء (٣/ ٢٨٧)، المجموع شرح المهذب (٨/ ٤٩، ٥١)، فتح العزيز مع الوجيز بذيل المجموع (٧/ ٣٠٥ - ٣٠٨).

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) أخرجه البخاري بنحوه، كتاب: الصلاة، باب: ما جاء في القبلة...، برقم (٤٠٢)، ومسلم مختصرًا، كتاب: فضائل الصحابة، باب: من فضائل عمر رضي الله عنه، برقم (٢٣٩٩)، والترمذي، (٢٩٥٩)، وابن ماجه (١٠٠٩)، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

تعالى: ﴿وَٱتَّخِذُوا۟ مِن مَّقَامِ إِبْرَٰهِـۧمَ مُصَلًّى﴾ [البقرة:١٢٥][١].

ورُوِيَ عن عمرَ رضي الله عنه أنّه نَسيَ ركعتَيِ الطّوافِ فقضاهما بذي طوًى [٢]، فدَلَّ أنّها واجبةٌ، ثمّ يَعودُ إلى الحجَرِ الأسوَدِ فيستَلِمُه ليكونَ افتِتاحُ السّعيِ بين الصّفا، والمروةِ باستِلامِ الحجَرِ كما يكونُ افتِتاحُ الطّوافِ باستِلامِ الحجَرِ الأسوَدِ، والأصلُ فيه أنّ كُلَّ طَوافٍ بعدَه سَعيٌ فإنّه يَعودُ بعدَ الصّلاةِ إلى الحجَرِ وكُلُّ طَوافٍ لا سَعيَ بعدَه لا يَعودُ إلى الحجَرِ، كذا رُوِيَ عن عمرَ وابنِ عمرَ، وابنِ مسعودٍ رضي الله عنهم.

وعن عائشةَ رضي الله عنها أنّه لا يَعودُ، وإنْ كان بعدَه سَعيٌ، وهو قولُ عمرَ بنِ عبدِ العزيزِ، والصّحيحُ أنّه يَعودُ، لما رُوِيَ عن جابرٍ رضي الله عنه أنّ النّبيّ ﷺ لَمَّا فرَغَ من طَوافِه صلّى ركعتَيْنِ خَلْفَ المقامِ، وقرأ فيهِما آياتٍ من سورةِ البقرةِ، وقرأ فيهِما: ﴿وَٱتَّخِذُوا۟ مِن مَّقَامِ إِبْرَٰهِـۧمَ مُصَلًّى﴾ [البقرة:١٢٥]، ورفع صوتَه يُسمِعُ النّاسَ ثمّ رجع إلى الرّكْنِ فاستَلَمَه [٣]، ولأنّ السّعيَ مُرَتَّبٌ على الطّوافِ لا يجوزُ قبلَه.

ويُكْرَه أنْ يَفْصِلَ بين الطّوافِ، وبين السّعيِ فصار كبعضِ أشواطِ الطّوافِ، والاستِلامُ بين كُلِّ شوْطَيْنِ سُنّةٌ، وهذا المعنى لا يوجَدُ في طَوافٍ لا يكونُ بعدَه سَعيٌ؛ لأنّه إذا لم يكنْ بعدَه سَعيٌ لا يوجَدُ المُلْحَقُ له بالأشواطِ فلا يَعودُ إلى الحجَرِ.

ثمّ يخرجُ إلى الصّفا لما رَوى جابرٌ أن النبي ﷺ استلم الركن وخرج إلى الصفا فقال: نبدأ بما بدأ الله به وتلا قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلْمَرْوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ﴾ [البقرة:١٥٨][٤]، ولم يُذْكَرْ في الكتابِ أنّه من أيِّ بابٍ يخرجُ: من بابِ الصّفا، أو من حيث تَيسَّرَ له، وما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ خرج من بابِ الصّفا فذلك ليس على وجه السّنّةِ عندَنا، وإنّما خرج منه لقربه من الصّفا أو لأمرٍ آخَرَ، ويصعَدُ على الصّفا إلى حيث يَرى الكعبةَ فيُحَوّلُ وجهه إليها ويُكَبّرُ ويُهَلّلُ ويحمَدُ اللّهَ تعالى ويُثْني عليه ويُصلّي على النّبيّ ﷺ ويدعو اللّهَ تعالى بحَوائجِه ويَرْفَعُ يَدَيْه، ويجعلُ بُطونَ كفَّيْه إلى السّماءِ لما رُوِيَ عن جابرٍ رضي الله عنه أنّ

---

(١) سبق تخريجه من حديث جابر، وفيه «كان يقرأ في الركعتين ﴿قُلْ هُوَ ٱللَّهُ أَحَدٌ﴾ [الإخلاص:١]، و﴿قُلْ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْكَـٰفِرُونَ﴾ [الكافرون:١]».

(٢) لم أقف عليه.

(٣) أخرجه النسائي، كتاب: مناسك الحج، باب: القول بعد ركعتي الطواف، برقم (٢٩٦١).

(٤) جزء من حديث سبق تخريجه.

النّبيّ ﷺ رَقَى على الصّفا حتّى بَدا له البيتُ ثمّ كبَّرَ ثلاثًا، وقال: «**لا إلَهَ إلاّ اللَّه وحْدَه لا شَريكَ له، له المُلْكُ، وله الحمْدُ يُحْيي ويُميتُ، وهو على كُلِّ شيءٍ قَديرٌ، لا إلَهَ إلاّ اللَّه أنْجزَ وعْدَه، ونَصرَ عبده، وهَزَمَ الأحزابَ وحْدَه**»[1]، وجعلَ يدعو بعدَ ذلك ثمّ يَهْبِطُ نحوَ المروةِ فيمشي على هيئَتِه حتّى يَنْتَهي إلى بَطْنِ الوادي.

فإذا كان عندَ الميلِ الأخضَرِ في بَطْنِ الوادي سَعَى حتّى يُجاوِزَ المِيْلَ الأخضَرَ فيسعَى بين الميلينِ الأخضَرَيْنِ لحديثِ جابرٍ أنّ النّبيّ ﷺ لَمَّا فرَغَ من الدُّعاءِ مَشَى نحوَ المروةِ حتّى إذا انتَصَبَتْ قَدَماه في بَطْنِ الوادي سَعَى، وقال في سَعيِه: «**رَبِّ اغفِرْ وارحَم وتَجاوَزْ عَمَّا تعلَمُ، إنَّكَ أنتَ الأعزُّ الأكرَمُ**»[2].

وكان عمرُ رضي الله عنه إذا [١/ ٢٣٥ب] رملَ بين الصّفا والمروةِ قال: اللَّهُمَّ استَعمِلْني بسُنّةِ نَبيِّكَ، وتوفَّني على مِلَّتِه، وأعِذْني من عَذابِ القبرِ ثمّ يمشي على هيئَتِه حتّى يَأتيَ المروةَ فيصعَدُ عليها، ويقومُ مُستقبِلَ القِبْلةِ فيحمَدُ اللَّهَ تعالى، ويُثْني عليه، ويُكبِّرُ، ويُهَلِّلُ، ويُصلّي على النّبيّ ﷺ ويسألُ اللَّهَ تعالى حَوائجَه فيَفْعَلُ على المروةِ مثلَ ما فعل على الصّفا لما رُوِيَ أنّ النّبيّ ﷺ هكذا فعل[3].

ويَطوفُ بينهما سبعةَ أشواطٍ هكذا يَبْدَأُ بالصّفا، ويختِمُ بالمروةِ، ويسعَى في بَطْنِ الوادي في كُلِّ شوْطٍ، ويَعُدُّ البِدايةَ شوْطًا، والعوْدَ شوْطًا آخرَ خلافًا لما قاله الطّحاوِيُّ إنّهما يُعَدّانِ جميعًا شوْطًا واحِدًا، وإنّه خلافُ ظاهرِ الرِّوايةِ لما بيّنّا فيما تقدَّمَ. فإذا فرَغَ من السّعي، فإنْ كان مُحرِمًا بالعُمْرةِ، ولم يسُقِ الهدْيَ يحلِقُ أو يُقصِّرُ فيَحِلُّ؛ لأنّ أفعالَ العُمْرةِ هي الطّوافُ والسّعيُ فإذا أتَى بهما لم يَبْقَ عليه شيءٌ من أفعالِ العُمْرةِ فيحتاجُ إلى الخروجِ منها بالتّحلُّلِ، وذلك بالحلْقِ أو التّقْصيرِ كالتّسليمِ في بابِ الصّلاةِ، والحلْقُ أفضلُ لما ذكرنا فيما تقدَّمَ فإذا حَلَقَ أو قَصّرَ حَلَّ له جميعُ محظوراتِ الإحرامِ.

---

(١) انظر حديث جابر السابق.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن (٥/ ٩٥)، (٩١٣٤) موقوفًا عن ابن عباس، وذكره ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٢/ ٢٥١)، وقال: قال البيهقي: هذا أصح الروايات في ذلك عن ابن مسعود، يشير إلى تضعيف المرفوع.

(٣) أخرجه البيهقي، في «الكبرى»، (٥/ ٩٥)، برقم (٩١٣٢)، من قول ابن عمر وليس عمر، ولعل المصنف وهم في ذلك.

وهذا الذي ذكرنا قولُ أصحابِنا[١]، وقال الشّافعيُّ: يَقَعُ التّحَلُّلُ من العُمْرةِ بالسّعيِ، ومن الحجِّ بالرّمْيِ[٢]، والمسألةُ قد مرَّتْ في بيانِ واجباتِ الحجِّ. وإنْ كان قد ساقَ الهدْيَ لا يحلِقُ، ولا يُقَصِّرُ للعُمْرةِ بل يُقيمُ حَرامًا إلى يوم النّحْرِ: لا يَحِلُّ له التّحَلُّلُ إلاّ يومَ النّحْرِ عندَنا، وعندَ الشّافعيِّ سَوْقُ الهدْيِ لا يمنَعُ من التّحَلُّلِ، ونذكرُ المسألةَ في التّمَتُّعِ إنْ شاء اللّه تعالى. وإنْ كان مُحْرِمًا بالحجِّ، فإنْ كان مُفْرِدًا به يُقيمُ على إحرامِه، ولا يتحَلَّلُ؛ لأنّ أفعالَ الحجِّ عليه باقيةٌ فلا يجوزُ له التّحَلُّلُ إلى يومِ النّحْرِ، ومن النّاسِ مَنْ قال يجوزُ له أنْ يَفْتَتِحَ إحرامَ الحجِّ بفعلِ العُمْرةِ، وهو الطّوافُ والسّعيُ، والتّحَلُّلُ منها بالحلْقِ أو التّقْصيرِ لما رُوِيَ عن جابرٍ رضي الله عنه أنّ أصحابَ رسولِ اللّه ﷺ كانوا أهَلُّوا بالحجِّ مُفْرِدينَ فقال لهم النّبيُّ ﷺ **«أحِلُّوا من إحرامِكم بطَوافِ البيتِ، وبين الصّفا، والمروةِ، وقَصّروا ثمّ أقيموا حَلالاً حتّى إذا كان يومُ التّروِيةِ أهِلُّوا بالحجِّ»**[٣] فالجوابُ أنّ ذلك كان ثمّ نُسِخَ، وعن أبي ذَرٍّ رضي الله عنه أنّه قال: أشهَدُ أنّ فسخَ الإحرامِ كان خاصًّا للرَّكْبِ الذينَ كانوا مع النّبيِّ ﷺ[٤].

وإنْ كان قارِنًا فإنّه يَطوفُ طَوافَيْنِ، ويسعَى سَعيَيْنِ عندَنا فيَبْدَأُ أوّلاً بالطّوافِ والسّعيِ للعُمْرةِ فيَطوفُ، ويسعَى للعُمْرةِ ثمّ يَطوفُ ويسعَى للحَجِّ كما وصَفْنا، وعندَ الشّافعيِّ يَطوفُ لهما جميعًا طَوافًا واحِدًا، ويسعَى لهما سَعيًا واحِدًا، وهذا بناءً على أنّ القارِنَ

---

(١) **انظر في مذهب الحنفية**: المبسوط (٤/ ٢٩)، تبيين الحقائق (٢/ ٤٥)، فتح القدير (٣/ ٤ - ٥)، درر الحكام (١/ ٢٩٩)، البحر الرائق ٠٢/ ٣٧٢)، رد المحتار (٢/ ٤٦٨).

(٢) **مذهب الشافعية**: أصل هذه المسألة هو حكم الحلق، هل هو نسك؟ قال النووى: «ذكرنا أن الصحيح في مذهبنا أنه نسك ، وبه قال مالك وابو حنيفة وأحمد وجمهور العلماء، وظاهر كلام ابن المنذر والأصحاب أنه لم يقل بأنه ليس بنسك أحد غير الشافعي في أحد قوليه، ولكن حكاه القاضي عياض عن عطاء وأبي ثور وابي يوسف أيضًا» وقال أيضًا: «فإذا دخل طاف وسعى وحلق وقد تمت عمرته ، هذا إذا قلنا بالمذهب إن الحلق نسك (فإن قلنا) ليس هو نسكًا كفاه الطواف والسعي وقد حل» انظر المجموع (٨/ ٢٤٢ ، ١٩١)، أسنى المطالب (١/ ٤٩٤)، الغرر البهية (٢/ ٣٠٣)، تحفة المحتاج (٤/ ١٤٦)، حاشية الجمل (٢/ ٤٨٨)، التجريد لنفع العبيد (٢/ ١٤١).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: الحج ، باب: التمتع والإقران، حديث (١٥٦٨)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: بيان وجوه الإحرام، حديث (١٢١٦)، من حديث جابر بن عبد الله.

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، (٥/ ٢٢)، برقم (٨٦٦٧)، ولفظه: «عن سليم بن الأسود أن أبا ذر رضي الله عنه كان يقول فيمن حج ثم فسخها بعمرة لم يكن ذلك إلا للركب الذين كانوا مع رسول الله ﷺ».

عندَنا مُحْرِمٌ بإحرامَيْنِ بإحرامِ العُمْرةِ، وإحرامِ الحجِّ، ولا يدخلُ إحرامُ العُمْرةِ في إحرامِ الحجِّ، وعندَه يُحْرِمُ بإحرامٍ واحِدٍ، ويدخلُ إحرامُ العُمْرةِ في إحرامِ الحجِّ؛ لأنّ نفسَ العُمْرةِ لا تَدْخُلُ في الحجَّةِ، ولأنّ الإحرامَ على أصلِه رُكْنٌ لما نذكرُ فكان من أفعالِ الحجِّ، والأفعالُ يجوزُ فيها التّداخُلُ كسجدةِ التّلاوةِ والحُدودِ وغيرِها.

ولَنَا ما رُوِيَ عن عَليٍّ، وعبدِ اللَّه بنِ مسعودٍ، وعِمْرانَ بنِ حُصَيْنٍ رضي الله عنهم أنّ النّبيّ ﷺ فرّقَ بين الحجِّ والعُمْرةِ [1]، وطافَ لهما طَوافَيْنِ، وسَعَى لهما سَعيَيْنِ، ولأنّ القارِنَ مُحْرِمٌ بالعُمْرةِ، ومُحْرِمٌ بالحجَّةِ حقيقةً؛ لأنّ قولَه لَبَّيْكَ بعُمْرةٍ وحَجَّةٍ معناه: لَبَّيْكَ بعُمْرةٍ ولَبَّيْكَ بحَجَّةٍ كقولِه: جاءني زَيْدٌ، وعَمْرٌو [أنّ] [2] معناه جاءني زَيْدٌ، وجاءني عَمْرٌو، وإذا كان مُحْرِمًا بكُلِّ واحِدٍ منهما يَطوفُ، ويسعَى لكُلِّ واحِدٍ منهما طَوافًا على حِدةٍ وسَعيًا على حِدةٍ. وكذا تسميةُ القرانِ يَدُلُّ على ما قلنا؛ إذِ القرانُ حقيقةً يكونُ بين شيئَيْنِ إذْ هو ضَمُّ شيءٍ إلى شيءٍ، ومعنى الضّمِّ حقيقةً فيما قلنا لا فيما قاله، واعتِبارُ الحقيقةِ أصلٌ في الشّريعةِ.

وأمّا الحديثُ فمعناه دخل وقتُ العُمْرةِ في وقتِ الحجِّ؛ لأنّ سببَ ذلك أنّهم كانوا يَعُدُّونَ العُمْرةَ في وقتِ الحجِّ من أفجَرِ الفُجورِ ثمّ رَخَّصَ لهم النّبيُّ ﷺ فقال «دخلتِ العُمْرةُ في الحجِّ إلى يومِ القيامةِ» [3] أي دخل وقتُ العُمْرةِ في وقتِ الحجَّةِ، وهو أشهُرُ الحجِّ، ويُحْتَمَلُ ما قلنا، ويُحْتَمَلُ ما قاله فلا يكونُ حُجَّةً مع الاحتِمالِ.

ولو طافَ القارِنُ طَوافَيْنِ مُتَواليَيْنِ، وسَعَى سَعيَيْنِ مُتَواليَيْنِ أجزَأه وقد أساءَ، أمّا الجوازُ فلأنّه أتَى بوَظيفةٍ من الطّوافَيْنِ، والسّعيَيْنِ. وأمّا الإساءةُ فلِتركِه السّنّةَ، وهي تقديمُ أفعالِ الحجِّ على أفعالِ العُمْرةِ، ولو طافَ أوّلاً بحَجَّتِه، وسَعَى لها ثمّ طافَ لعُمْرَتِه وسَعَى لها فنيّتُه لَغْوٌ، وطَوافُه الأوّلُ وسَعيُه يكونانِ للعُمْرةِ [١/ ٢٣٦أ] لما مرَّ أنّ أفعالَ العُمْرةِ تَتَرَتَّبُ على ما أوجبه إحرامُه، وإحرامُه أوجب تقديمَ أفعالِ العُمْرةِ على أفعالِ الحجِّ فلَغَتْ نيّتُه.

وإذا فرَغَ من أفعالِ العُمْرةِ لا يحلِقُ، ولا يُقَصِّرُ؛ لأنّه بَقِيَ مُحْرِمًا بإحرامِ الحجِّ، وإنْ

---

(١) سبق تخريجه. (٢) ليست في المخطوط.

(٣) أخرجه مسلم في كتاب: الحج، باب: جواز العمرة في أشهر الحج، حديث (١٢٤١)، وأبو داود (١٧٩٠)، والترمذي (٩٣٢)، والنسائي (٢٨١٥)، من حديث ابن عباس.

كان مُتَمَتِّعًا فإذا قَدِمَ مكّةَ فإنّه يَطوفُ، ويسعَى لعُمْرَتِه ثمّ يُحْرِمُ بالحجّ في أشهُرِ الحجِّ، ويلبَسُ الإزارَ، والرِّداءَ، ويُلَبِّي بالحجِّ؛ لأنّ هذا ابتِداءُ دخولِه في الحجِّ للإحرامِ بالحجِّ.

وَلَه أنْ يُحْرِمَ من جَوْفِ مكّةَ أو من الأبطَحِ أو من أيِّ حَرَمٍ شاء، وله أنْ يُحْرِمَ يومَ التّرْوِيةِ عندَ الخروجِ إلى مِنًى، وقيلَ يومَ التّرْوِيةِ، وكُلَّما قَدَّمَ الإحرامَ بالحجِّ على يومِ التّرْوِيةِ فهو أفضلُ عندَنا[1]، وقال الشّافعيُّ: الأفضلُ أنْ يُحْرِمَ يومَ التّرْوِيةِ[2].

واحتَجَّ بما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ أمرَ أصحابَه بالإحرامِ يومَ التّرْوِيةِ فدَلَّ أنّ ذلك أفضلُ[3].

ولَنَا: ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «مَن أرادَ الحجَّ فلْيتعجَّلْ»[4]، وأدنَى دَرَجاتِ الأمرِ النّدْبُ، ولأنّ التّعجيلَ من بابِ المُسارَعةِ إلى العِبادةِ فكان أولى، ولأنّه أشَقُّ على البدنِ؛ لأنّه إذا أحرم بالحجِّ يحتاجُ إلى الاجتِنابِ عن محظوراتِ الإحرامِ، وأفضلُ الأعمالِ أحمَزُها[5] على لسانِ رسولِ اللّه ﷺ وأمّا الحديثُ فإنّما نَدَبَ إلى الإحرامِ بالحجِّ يومَ التّرْوِيةِ لرُكْنٍ خاصٍّ، اختارَ لهم الأيسَرَ على الأفضلِ. ألا ترى أنّه أمرَهم بفَسخِ إحرامِ الحجِّ، وأنّه لا يُفْسَخُ اليومَ.

وَإذا أحرم المُتَمَتِّعُ بالحجّ فلا يَطوفُ بالبيتِ، ولا يسعَى في قولِ أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ؛ لأنّ طَوافَ القُدومِ للحَجِّ لِمَنْ قَدِمَ مكّةَ بإحرامِ الحجِّ، والمُتَمَتِّعُ إنّما قَدِمَ مكّةَ بإحرامِ العُمْرةِ لا بإحرامِ الحجِّ، وإنّما يُحْرِمُ للحَجِّ من مكّةَ، وطَوافُ القُدومِ لا يكونُ بدونِ القُدومِ، وكذلك لا يَطوفُ، ولا يسعَى أيضًا؛ لأنّ السّعيَ بدونِ الطّوافِ غيرُ مشروعٍ، ولأنّ المَحَلَّ الأصليّ للسَّعيِ ما بعدَ طَوافِ الزِّيارةِ؛ لأنّ السّعيَ واجبٌ، وطَوافُ الزِّيارةِ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ٣٢)، تحفة الفقهاء (١/ ٤١١)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٩، ١٠)، البناية (٤/ ٢٢٣، ٢٢٤).

(٢) مذهب الشافعية: أن المستحب أن يحرم يوم التروية بعد الزوال فإذا لم يجد الهدي المستحب أن يحرم ليلة السادس من ذي الحجة والمستحب للمكي أن يحرم إذا توجه، انظر: المجموع (٧/ ١٨١، ١٨٢، ١٨٦).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب: المناسك، باب: التجارة في الحج، حديث (١٧٣٢)، وابن ماجه (٢٨٨٣)، والبيهقي في السنن (٤/ ٣٣٩)، (٨٤٧٦)، من حديث ابن عباس، قلت: وهو حسن كما في صحيح الجامع (٦٠٠٣).

(٥) أورده العجلوني في «كشف الخفاء»، (١/ ١٧٥)، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

فرضٌ، والواجبُ يصلُحُ تبَعًا للفَرْضِ، فأمّا طَوافُ القُدوم فسُنّةٌ. والواجبُ لا يَتْبَعُ السّنّةَ إلاّ أنّه رَخّصَ تقديمَه على مَحلِّه الأصليّ عَقيبَ طَوافِ القُدومِ فصار واجبًا عَقيبَه بطَريقِ الرّخصةِ، وإذا لم يوجَدْ طَوافُ القُدومِ يُؤَخّرُ السّعيُ إلى مَحَلِّه الأصليِّ فلا يجوزُ قبلَ طَوافِ الزّيارةِ. وروَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ: أنّ المُتَمَتِّعَ إذا أحرم بالحجِّ يومَ التّرْوِيةِ أو قبلَه، فإنْ شاء طافَ وسَعَى قبلَ أنْ يَأتيَ إلى مِنًى، وهو أفضلُ، وروَى هِشامٌ عن محمّدٍ: أنّه إنْ طافَ وسَعَى لا بَأسَ به.

(ووجه ذلك): أنّ هذا الطّوافَ ليس بواجبٍ بل هو سُنّةٌ. وقد ورد الشّرعُ بوُجوبِ السّعيِ عَقيبَه، وإنْ كان واجبًا رُخصةً وتَيْسيرًا في حَقِّ المُفْرِدِ بالحجِّ والقارِنِ فكذا المُتَمَتِّعُ، والجوابُ نَعَم إنّه سُنّةٌ لكنّه سُنّةُ القُدومِ للحَجِّ لمَنْ قَدِمَ بإحرامِ الحجِّ، والمُتَمَتِّعُ لم يقدَم مكّةَ بإحرامِ الحجِّ فلا يكونُ سُنّةً في حَقِّه، وعن الحسَنِ بنِ زيادٍ أنّه فرَّقَ بينهما قبلَ الزّوالِ وبعدَه فقال: إذا أحرم يومَ التّرْوِيةِ طافَ وسَعَى إلاّ أنْ يكونَ أحرم بعدَ الزّوالِ.

(ووجهُه): أنّ بعدَ الزّوالِ يلزَمُه الخروجُ إلى مِنًى فلا يَشْتَغِلُ بغيرِه، وقبلَ الزّوالِ لا يلزَمُه الخروجُ فكان له أنْ يَطوفَ ويسعَى، والجوابُ ما ذكرنا. وإذا فرَغَ المُفْرِدُ بالحجِّ أو القارِنُ من السّعيِ يُقيمُ [١] على إحرامِه، ويَطوفُ طَوافَ التّطوُّعِ ماشيًا إلى يوم التّرْوِيةِ؛ لأنّ الطّوافَ خَيْرُ موضوعٍ كالصّلاةِ فمَنْ شاء استقَلَّ، ومَنْ شاء استكثَرَ، وطَوافُ التّطوُّعِ أفضلُ من صلاةِ التّطوُّعِ للغرباءِ. وأمّا لأهلِ مكّةَ فالصّلاةُ أفضلُ؛ لأنّ الغرباءَ يَفوتُهم الطّوافُ إذْ لا يُمْكِنُهم الطّوافُ في كُلِّ مكان، ولا تفوتُهم الصّلاةُ؛ لأنّه يُمْكِنُ فعلُها في كُلِّ مكان، وأهلُ مكّةَ لا يَفوتُهم الطّوافُ، ولا الصّلاةُ فعندَ الاجتِماعِ الصّلاةُ أفضلُ، وعلى هذا الغازي الحارِسُ في دارِ الحرْبِ أنّه إنْ كان هناك مَنْ يَنوبُ عنه في الحراسة [٢] فصلاةُ التّطوُّعِ أفضلُ له، وإنْ لم يكنْ فالحِراسةُ أفضلُ. ولا يَرْمُلُ في هذا الطّوافِ بل يمشي على هيئَتِه، ولا يسعَى بعدَه بين الصّفا والمروةِ غيرَ السّعيِ الأوّلِ، ويُصلّي لكُلِّ أُسبوعٍ ركعتَيْنِ في الوقتِ الذي لا يُكْرَه فيه التّطوُّعُ، ويُكْرَه الجمعُ بين أُسبوعَيْنِ من غيرِ صلاةٍ بينهما عندَ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ سَواءٌ الصّرْفُ [٣] عن شَفْعٍ أو وترٍ.

---

(١) في المخطوط: «يبقى».
(٢) في المطبوع: «دار الحرب».
(٣) في المخطوط: «انصراف».

وقال أبو يوسفَ : لا بَأسَ به إذا انصَرف عن وترٍ نحوَ أنْ يَنصَرِفَ عن ثلاثةِ أسابيعَ أو عن خمسةِ أسابيعَ أو عن سبعةِ أسابيعَ .

واحتجَّ بما رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنّها كانتْ تجمَعُ بين الطّوافِ ثمّ تُصَلّي بعدَه [١] ، ثمّ فرَّقَ أبو يوسفَ بين انصِرافِه عن شَفْعٍ أو عن وترٍ فقال : إذا انصَرف عن أُسبوعَيْنِ ، وذلك أربعةَ عشرَ أو [١/ ٢٣٦ب] أربعةُ أسابيعَ ، وذلك ثَمانيةٌ وعشرونَ يُكْرَه ، ولو انصَرف عن ثلاثةٍ أو عن خمسةٍ لا يُكْرَه ؛ لأنّ الأوّلَ شَفْعٌ ، والثّانيَ وترٌ ، وأصلُ الطّوافِ سبعةٌ ، وهي وترٌ .

(ولهما): أنّ ترتيبَ الرّكعتَيْنِ على الطّوافِ كترتيبِ السّعيِ عليه ؛ لأنّ كُلَّ واحِدٍ منهما واجبٌ ثمّ لو جَمع بين أُسبوعَيْنِ من الطّوافِ ، وأخّرَ السّعيَ يُكْرَه ، فكذا إذا جَمع بين أُسبوعَيْنِ منه ، وأخّرَ الصّلاةَ .

وأمّا حديثُ عائشةَ رضي الله عنها فيُحمَلُ أنّها فعلتْ ذلك لضرورةٍ وعُذْرٍ ، فإذا كان يومُ التّرْوِيةِ ، وهو اليومُ الثّامِنُ من ذي الحِجَّةِ يَروحُ مع النّاسِ إلى مِنًى ، فيُصلّي بها الظّهرُ والعصرُ والمغربُ والعِشاءُ [والفجرَ] [٢] [لأوقاتها ويبيت بها ليلة عرفة وصلى صلاة الفجر يوم عرفة لوقتها فإذا طلعت الشمس يخرج إلى عرفات] [٣] لما رُوِيَ عن ابنَ عمرَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال : «**جاء جبريلُ إلى إبراهيمَ عليهما السلام يومَ التّروِيةِ فخرج به إلى مِنًى ، فصلّى به الظّهرَ والعصرَ والمغربَ والعِشاء الآخرة والفجرَ ، ثمّ غدا به إلى عَرَفاتٍ**» [٤] . ورُوِيَ عن جابرٍ رضي الله عنه أنّه قال : لَمّا كان يومُ التّرْوِيةِ توجَّهَ النّبيُّ ﷺ إلى مِنًى فصلّى بها الظّهرَ والعصرَ والمغربَ والعِشاء والصُّبْحَ ، ثمّ مَكَثَ قَليلاً حتّى طَلَعَتِ الشّمسُ ، وسارَ إلى عَرَفاتٍ [٥] .

فإنْ دَفَعَ منها قبلَ طُلوعِ الشّمسِ جاز ، والأوّلُ أفضلُ لما رَوَيْنا فيخرجُ إلى عَرَفاتٍ على السّكينةِ والوَقارِ ، فإذا انتَهَى إليها نزل بها حيث أحَبَّ إلاّ في بَطْنِ عُرَنَةَ [لما رُوِيَ عنه ﷺ

---

(١) لم أقف عليه .
(٢) ليست في المخطوط ، ولا في المطبوع ، ولكنها زيادة من نسخة قديمة .
(٣) زيادة من المخطوط .
(٤) أخرجه الطبراني في «تاريخه» (١/ ١٥٧) .
(٥) سبق تخريجه من حديث جابر رضي الله عنه .

أنّه قال «عَرَفاتٌ كُلُّها موقِفٌ إلاّ بَطْنَ عُرنةَ»[(١)] [(٢)]، ويَغْتَسِلُ يومَ عَرَفةَ، وغُسلُ يومِ عَرَفةَ سُنّةٌ كغُسلِ يومِ الجُمُعةِ، والعيدَيْنِ، وعندَ الإحرامِ، وذكر في الأصلِ إنِ اغتسل فحَسَنٌ، وهذا يُشيرُ إلى الاستحبابِ، ثمّ غُسلُ يومِ عَرَفةَ لأجلِ يومِ عَرَفةَ، أو لأجلِ الوُقوفِ فيجوزُ أنْ يكونَ على الاختِلافِ الذي ذكرنا في غُسلِ يومِ الجُمُعةِ في كتابِ الطّهارةِ، فإذا زالَتِ الشّمسُ صَعِدَ الإمامُ المنبرَ فأذَّنَ المُؤَذِّنونَ، والإمامُ على المنبرِ في ظاهرِ الرِّوايةِ، فإذا فرَغوا من الأذانِ قام الإمامُ وخَطَبَ [خُطْبتَيْنِ].

وعن أبي يوسفَ ثلاثُ رواياتٍ. رُوِيَ عنه مثلُ قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ. ورُوِيَ عنه أنّه يُؤَذِّنُ المُؤَذِّنُ [(٣)] والإمامُ في الفُسطاطِ ثمّ يخرجُ بعدَ فراغِ المُؤَذِّنِ من الأذانِ، فيصعَدُ المنبَرَ، ويخطُبُ.

ورَوَى الطّحاوِيُّ عنه في بابِ خُطَبِ الحجِّ: أنّ الإمامَ يَبْدَأُ بالخطبةِ قبلَ الأذانِ، فإذا مَضَى صَدْرٌ من خُطْبَتِه أذَّنَ المُؤَذِّنونَ، ثمّ يُتِمُّ خُطْبَتَه بعدَ الأذانِ. أمّا تقديمُ الخطبةِ على الصّلاةِ فلأنّ النّبيّ ﷺ قَدَّمَها على الصّلاةِ، ولأنّ المقصُودَ من هذه الخطبةِ تَعليمُ أحكامِ المناسِكِ، فلا بُدَّ من تقديمِها ليَعلَموا، ولأنّه لو أخَّرَها يتبادَرُ القوْمُ إلى الوُقوفِ، ولا يستَمِعونَ، فلا يحصُلُ المقصُودُ من هذه الخطبةِ.

ثمّ هذه الخطبةُ سُنّةٌ، وليستْ بفَريضةٍ حتّى لو جَمع بين الظّهرِ والعصرِ فصلاّهما من غيرِ خُطْبةٍ أجزَأه، بخلافِ خُطْبةِ الجُمُعةِ؛ لأنّه لا تجوزُ الجُمُعةُ بدونِها.

والفرقُ: أنّ هذه الخطبةَ لتَعليمِ المناسِكِ لا لجوازِ الجمعِ بين الصّلاتَيْنِ. وفَرْضيّةُ خُطْبةِ الجُمُعةِ لقَصْرِ الصّلاةِ، وقيامِها مَقامَ البعضِ على ما قالتْ عائشةُ رضي الله عنها: إنّما قُصِرَتِ [الجُمُعةُ] [(٤)] لمكانِ الخطبةِ، وقَصْرُ الصّلاةِ تركُ شَطْرِها، ولا يجوزُ تركُ الفرضِ إلاّ لأجلِ الفرضِ، فكانتِ الخطبةُ فرضًا، ولا قَصْرَ ههنا؛ لأنّ كُلَّ واحدٍ من الفرضَيْنِ يُؤَدَّى على الكمالِ والتّمامِ فلم تَكُنِ الخطبةُ فرضًا إلاّ أنّه يكونُ مُسيئًا بتركِ الخطبةِ؛ لأنّه ترك السّنّةَ.

ولو خَطَبَ قبلَ الزّوالِ أجزَأه وقد أساءَ، أمّا الجوازُ؛ فلأنّ هذه الخطبةَ ليستْ من

---

(١) سبق تخريجه.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «المؤذنون».
(٤) ليست في المخطوط.

شَطْرِ [(١)] الصَّلاةِ، فلا يُشْتَرَطُ لها الوقتُ.

وأمَّا الإساءةُ فلِتركِه السّنّةَ؛ إذِ السّنّةُ أنْ تكونَ الخطبةُ بعدَ الزّوالِ، بخلافِ خُطْبةِ يومِ الجُمُعةِ فإنّه إذا خَطَبَ قبلَ الزّوالِ لا تجوزُ الجُمُعةُ؛ لأنّ الخطبةَ هناك من فرائضِ الجُمُعةِ. ألا ترى أنّه قُصِرَتِ الجُمُعةُ لمكانِها، ولا يُتْرَكُ بعضُ الفرضِ إلاّ لأجلِ الفرضِ.

وأمَّا الكلامُ في وقتِ صُعودِ الإمامِ على المنبرِ أنّه يصعَدُ قبلَ الأذانِ أو بعدَه فوجه روايةِ أبي يوسفَ: أنّ الصّلاةَ التي تُؤدّى في هذا الوقتِ هي صلاةُ الظّهرِ، والعصرِ فيكونُ الأذانُ فيهما قبلَ خُروجِ الإمامِ كما في سائرِ الصّلواتِ، وكما في الظّهرِ والعصرِ في غيرِ هذا المكانِ والزّمانِ.

وجه ظاهرِ الرِّوايةِ: أنّ هذه الخطبةَ لَمّا كانتْ مُتقدِّمةً على الصّلاةِ كان هذا الأذانُ للخُطْبةِ، فيكونُ بعدَ صُعودِ الإمامِ على المنبرِ [١/ ٢٣٧أ] كخُطْبةِ الجُمُعةِ.

وقد خرج الجوابُ عَمّا قاله أبو يوسفَ أنّ هذه صلاةُ الظّهرِ والعصرِ؛ لأنّا نقول: نَعم لكنْ نُقَدِّمُ عليها الخطبةَ فيكونُ وقتُ الأذانِ بعدَ ما صَعِدَ الإمامُ المنبرَ للخُطْبةِ كما في خُطْبةِ الجُمُعةِ، فإذا فرَغَ المُؤذِّنونَ من الأذانِ قام الإمامُ، وخَطَبَ خُطْبَتَيْنِ قائمًا يَفْصِلُ بينهما بجلسةٍ خَفيفةٍ كما يَفْصِلُ في خُطْبةِ الجُمُعةِ.

وصِفةُ الخطبةِ هي أنْ يحمَدَ اللّهَ تعالى، ويُثْنِيَ عليه ويُكَبِّرَ ويُهَلِّلَ ويَعِظَ النّاسَ فيأمُرَهم بما أمرَهم اللّه عَزَّ وجَلَّ، ويَنْهاهم عَمّا نَهاهم اللّه عنه ويُعلِّمَهم مَناسِكَ الحجِّ؛ لأنّ الخطبةَ في الأصلِ وُضِعَتْ لما ذكرنا من الحمْدِ والثّناءِ والتّهْليلِ والتّكبيرِ والوَعْظِ والتّذْكيرِ. ويُزادُ في هذه الخطبةِ تَعليمُ معالِمِ الحجِّ لحاجةِ الحُجّاجِ إلى ذلك ليتعلّموا الوُقوفَ بعَرَفةَ والإفاضةَ منها والوُقوفَ بمُزْدَلِفةَ، فإذا فرَغَ من الخطبةِ أقام المُؤذِّنونَ فصلّى الإمامُ بهم صلاةَ الظّهرِ، ثمّ يقومُ المُؤذِّنونَ فيُقيمونَ للعصرِ فيُصلّي بهم الظّهرَ والعصرَ بأذانٍ واحِدٍ وإقامتَيْنِ، ولا يَشْتَغِلُ الإمامُ والقوْمُ بالسّنَنِ والتّطَوُّعِ فيما بينهما؛ لأنّ النّبيّ ﷺ جَمع بينهما بعَرَفةَ يومَ عَرَفةَ بأذانٍ واحِدٍ وإقامتَيْنِ، ولم يتنفَّلْ قبلَهما، ولا بعدَهما مع حِرْصِه على النّوافِلِ.

---

(١) في المخطوط: «شرائط».

فإنِ اشتَغَلوا فيما بينهما بتَطَوُّعٍ أو غيرِه أعادوا الأذانَ للعصرِ؛ لأنّ الأصلَ أنْ يُؤَذَّنَ لكُلِّ مكتوبةٍ، وإنّما عُرِفَ تركُ الأذانِ بفعلِ النّبيِّ ﷺ وأنّه لم يَشْتَغِلْ فيما بين الظّهرِ والعصرِ بالتّطَوُّعِ ولا بغيرِه، فبَقِيَ الأمرُ عندَ الاشتِغالِ على الأصلِ. ويُخفي الإمامُ القراءةَ فيهما، بخلافِ الجُمُعةِ والعيدَيْنِ، فإنّه يَجْهَرُ فيهما بالقراءةِ؛ لأنّ الجهْرَ بالقراءةِ هناك من الشّعائرِ، والسّبيلُ في الشّعائرِ إشهارُها، وفي الجهْرِ زيادةُ إشهارٍ، فشُرِعَتْ تلك الصّلاةُ كذلك، فأمّا الظّهرُ والعصرُ فهما على حالِهما لم يتغيّرا؛ لأنّهما كظُهْرِ سائرِ الأيّامِ، وعصرِ سائرِ الأيّامِ، والحادثُ ليس إلاّ اجتِماعُ النّاسِ، واجتِماعُهم للوُقوفِ لا للصّلاةِ، وإنّما اجتِماعُهم في حَقِّ الصّلاةِ حَصَلَ اتّفاقًا.

ثمّ إنْ كان الإمامُ مُقيمًا من أهلِ مكّةَ يُتِمُّ كُلَّ واحِدةٍ من الصّلاتَيْنِ أربعًا أربعًا، والقوْمُ يُتِمُّونَ معه، وإنْ كانوا مُسافرينَ؛ لأنّ المُسافرَ إذا اقتَدَى بالمُقيمِ في الوقتِ يلزَمُه الإتمامُ؛ لأنّه بالاقتداءِ بالإمامِ صار تابِعًا له في هذه الصّلاةِ، وإنْ كان الإمامُ مُسافرًا يُصلّي كُلَّ واحِدةٍ من الصّلاتَيْنِ ركعتَيْنِ ركعتَيْنِ، فإذا سَلَّمَ يقولُ لهم: أتِمُّوا صلاتكم يا أهلَ مكّةَ فإنّا قَوْمٌ سَفَرٌ، ثمّ لجوازِ الجمعِ أعني تقديمَ العصرِ على وقتِها، وأداءَها في وقتِ الظّهرِ شَرائطُ: بعضُها مُتّفَقٌ عليه، وبعضُها مختلَفٌ فيه.

أمّا المُتّفَقُ عليه: فهو شرطانِ:

احدُهما: أنْ يكونَ أداؤُها عَقيبَ الظّهرِ، لا يجوزُ تقديمُها عليها؛ لأنّها شُرِعَتْ مُرَتَّبَةً على الظّهرِ، فلا يسقُطُ التّرْتيبُ إلاّ بأسبابٍ مُسقِطةٍ، ولم توجَدْ فلا تسقُطُ فلَزِمَ مُراعاةُ التّرْتيبِ.

والثّاني: أنْ تكونَ مُرَتَّبةً على ظُهْرٍ جائزةً استحسانًا حتّى لو صلّى الإمامُ بالنّاسِ الظّهرَ والعصرَ في يومِ غَيْمٍ، ثمّ استَبانَ لهم أنّ الظّهرَ وقَعَتْ [1] قبلَ الزّوالِ، والعصرَ بعدَ الزّوالِ، فعليهم إعادةُ الظّهرِ والعصرِ جميعًا استحسانًا.

والقياسُ: أنْ لا يكونَ هذا شرطًا، وليس عليه إلاّ إعادةُ الظّهرِ.

(وجه القياسِ): الاعتِبارُ بسائرِ الأيّامِ فإنّه إذا صلّى العصرَ في سائرِ الأيّامِ على [ظَنِّ] [2]

---

(١) في المخطوط: «حصلت».
(٢) ليست في المخطوط.

أنه صلّى الظّهرَ ثمّ تبيّنَ أنّه لم يُصَلِّها يُعيدُ الظّهرَ خاصّةً، كذا ههنا، والجامعُ أنّه صلّى العصرَ على ظَنٍّ أنّه ليس عليه [إلاّ إعادةُ] الظّهرِ فأشبَهَ النّاسيَ، والنِّسيانُ عُذْرٌ مُسقِطٌ للتّرْتيبِ.

(وجه الاستحسانِ): أنّ العصرَ مُؤَدَّاةٌ قبلَ وقتِها حقيقةً، فالأصلُ أنْ لا يجوزَ أداءُ العِبادةِ المُؤَقّتةِ قبلَ وقتِها، وإنّما عَرَفْنا جوازَها بالنّصّ مُرَتَّبةً على ظُهْرٍ جائزةٍ، فإذا لم تجز بَقيَ الأمرُ فيها على الأصلِ.

وأمّا المختلَفُ فيه:

فمنها: أنْ يكونَ أداءُ الصّلاتَيْنِ بالجماعةِ عندَ أبي حنيفةَ، حتّى لو صلّى العصرَ وحْدَه أو الظّهرَ وحْدَه لا تجوزُ العصرُ قبلَ وقتِها عندَه، وعندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ هذا ليس بشرطٍ، ويجوزُ تقديمُها على وقتِها.

وجه قولِهما: أنّ جوازَ التّقْديمِ لصيانةِ الوُقوفِ بعَرَفةَ؛ لأنّ أداءَ العصرِ في وقتِها يَحولُ بينه وبين الوُقوفِ، وهذا المعنى لا يوجِبُ الفصلَ بين الوَحْدانِ والجماعةِ، ولأبي حنيفة أنّ الجوازَ ثبت معدولاً به عن الأصلِ؛ لأنّها عِبادةٌ مُؤَقّتةٌ، والعِباداتُ المُؤَقّتةُ لا يجوزُ تقديمُها على أوقاتها إلاّ أنّ جوازَ تقديمِ العصرِ على وقتِها ثبت بالنّصّ غيرُ معقولِ المعنى فيُراعَى فيه عَيْنُ ما ورد به النّصُّ، والنّصُّ ورد بجوازِ أداءِ العصرِ [١/ ٢٣٧ب] كامِلاً مُرَتَّبًا على ظُهْرٍ كامِلٍ، وهي المُؤَدَّاةُ بالجماعةِ، والمُؤَدّاةُ لا بجَماعةٍ لا تُساويها في الفضيلةِ، فلا يكونُ في معنى المنْصُوصِ عليه.

وقولُهما: إنّ الجوازَ ثبت لصيانةِ الوُقوفِ مَمْنوعٌ، ولا يجوزُ أنْ يكونَ معلولاً به؛ لأنّ الصّلاةَ لا تُنافي الوُقوفَ؛ لأنّها في نفسِها وُقوفٌ، والشّيءُ لا يُنافي نفسَه، وإنّما ثبت نَصًّا غيرَ معقولِ المعنى فيُتّبَعُ فيه موردُ النّصّ، وهو ما ذكرنا، ولم يوجَدْ، ولو أدرَكَ ركعةً من كُلّ واحِدةٍ من الصّلاتَيْنِ مع الإمامِ، بأنْ أدرَكَ [ركعةً] (١) من الظّهرِ ثمّ قام الإمامُ، ودخل في العصرِ فقام الرّجُلُ، وقضَى ما فاتَه من الظّهرِ، فلَمّا فرَغَ من الظّهرِ دخل في صلاةِ الإمامِ في العصرِ، وأدرَكَ شيئًا من كُلّ واحِدةٍ من الصّلاتَيْنِ مع الإمامِ، جاز له تقديمُ

(١) ليست في المخطوط.

العصرِ بلا خلافٍ؛ لأنّه أدركَ فضيلةَ الجماعةِ فتقعُ العصرُ مُرَتَّبَةً على ظُهْرٍ كامِلٍ.

ومنها: أنْ يكونَ أداءُ الصّلاتَيْنِ بإمامٍ، وهو الخليفةُ أو نائبُه في قولِ أبي حنيفةَ، حتّى لو صلّى الظّهرَ [1] بجَماعةٍ لكنْ لا مع الإمامِ، [والعصرَ مع الإمامِ] لم تجزِ العصرُ عندَه، وعندَهما هذا ليس بشرطٍ، والصّحيحُ قولُ أبي حنيفةَ لما ذكرنا أنّ جوازَ التّقْديمِ ثبت معدولاً به عن الأصلِ مُرَتَّبًا على ظُهْرٍ كامِلٍ، وهي المُؤَدَّاةُ بالجماعةِ مع [2] الإمامِ أو نائبه، فالمُؤَدَّاةُ بجَماعةٍ من غيرِ إمامٍ أو نائبه لا تكونُ مثلَها في الفضيلةِ، فلا تكونُ في معنى موردِ النّصِّ.

ولو أحدَثَ الإمامُ بعدَ ما خَطَبَ فأمرَ رجلًا بالصّلاةِ جاز له أنْ يُصلّيَ بهم الصّلاتَيْنِ جميعًا، سَواءٌ شهِدَ المأمورُ الخطبةَ أو لم يَشْهَدْ بخلافِ الجُمُعةِ؛ لأنّ الخطبةَ [3] هناك من شَرائطِ جوازِ الجُمُعةِ، وههنا الخطبةُ ليستْ بشرطٍ لجوازِ الجمعِ بين الصّلاتَيْنِ، والفرقُ ما بيّنّا، فإنْ لم يَأْمُرِ الإمامُ أحدًا فتقدَّمَ واحِدٌ من عَرَضِ النّاسِ، وصلّى [4] بهم الصّلاتَيْنِ جميعًا لم يَجزِ الجمعُ في قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ الإمامَ أو نائبَه شرطٌ عندَه ولم يوجَدْ، وعندَهما يجوزُ، وإنْ كان المُتقدِّمُ [رجلًا] من ذي سُلْطانٍ كالقاضي، وصاحِبِ الشُّرَطِ [5] جاز؛ لأنّه نائبُ الإمامِ، فإنْ كان الإمامُ سبقَه الحدَثُ في الظّهرِ فاستخلَفَ رجلًا، فإنّه يُصلّي بهم الظّهرَ والعصرَ؛ لأنّه قائمٌ مَقام الإمامِ، فإنْ فرَغَ من العصرِ قبلَ أنْ يرجعَ الإمامُ، فإنّ الإمامَ لا يُصلّي العصرَ إلاّ في وقتِها لأنّه لَمّا استخلَفَ صار كواحِدٍ من المُؤْتَمّينَ والمُؤْتَمُّ إذا صلّى الظّهرُ مع الإمامِ ولم يُصَلِّ العصرَ معه لا يُصلّي العصرَ إلاّ في وقتِها كذا هذا.

ومنها: أنْ يكونَ مُحْرِمًا بالحجِّ حالَ أداءِ الصّلاتَيْنِ جميعًا حتّى لو صلّى الظّهرَ بجَماعةٍ مع الإمامِ، وهو حَلالٌ من أهلِ مكّةَ ثمّ أحرم للحَجِّ لا يجوزُ له أنْ يُصلّيَ العصرَ إلاّ في وقتِها، كذا ذُكِرَ في نوادِرِ الصّلاةِ.

---

(١) في المخطوط: «العصر».
(٢) في المخطوط: «و».
(٣) زاد هنا في المطبوع: «ليست».
(٤) في المخطوط: «فصلى».
(٥) الشُّرَط: جمع شرْطة وشرْطي. وسموا بذلك؛ لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يُعرفون بها، والشُّرَط: حَفَظة الأمن في البلاد، وصاحب الشرط: رئيسها، انظر مختار الصحاح ص (١٤١)، المعجم الوجيز ص (٣٤٠).

و[رُوِيَ] (١) عن أبي حنيفةَ في غيرِ روايةِ الأُصُولِ أنّه يجوزُ، وهو قولُ زُفر، والصّحيحُ روايةُ النّوادِرِ؛ لأنّ العصرَ شُرِعَتْ مُرَتَّبةً على ظُهْرٍ كامِلٍ وهو ظُهْرُ المُحْرِمِ وظُهْرُ الحلالِ لا يكونُ مثلَ ظُهْرِ المُحْرِمِ في الفضيلةِ فلا يجوزُ ترتيبُ العصرِ على ظُهْرٍ هي دونَ المنْصُوصِ عليه.

وعلى هذا إذا صلّى الظّهرَ بجَماعةٍ مع الإمامِ، وهو مُحْرِمٌ لكنْ بإحرامِ العُمْرةِ ثمّ أحرم بالحجِّ، لا يُجْزِئُه العصرُ إلاّ في وقتِها، وعندَ زُفر يجوزُ كما في المسألةِ الأُولى، والصّحيحُ قولُنا؛ لأنّ ظُهْرَ المُحْرِمِ بالعُمْرةِ لا يكونُ مثلَ ظُهْرِ المُحْرِمِ بالحجِّ في الفضيلةِ، فلا يكونُ أداءُ العصرِ في معنى موردِ النّصِّ، فلا تجوزُ إلاّ في وقتِها، ولو نَفر النّاسُ عن الإمامِ فصلّى وحْدَه الصّلاتَيْنِ أجزَأه.

ودَلّتْ هذه المسألةُ على أنّ الشّرطَ في الحقيقةِ هو الإمامُ عندَ أبي حنيفةَ لا الجماعةُ، فإنّ الصّلاتَيْنِ جازتا للإمامِ، ولا جَماعةَ فتُبنَى المسائلُ عليه، إذْ هو أقرَبُ إلى الصِّيغةِ، ولا يلزَمُه على هذا ما إذا سبقَ الإمامَ الحدَثُ في صلاةِ الظّهرِ فاستخلَفَ رجلاً، وذهب الإمامُ ليتوضّأ فصلّى الخليفةُ الظّهرَ والعصرَ، ثمّ جاء الإمامُ: أنّه لا يجوزُ له أنْ يُصلّيَ العصرَ إلاّ في وقتِها؛ لأنّ عَدَمَ الجوازِ هناك ليس لعَدَمِ الجماعةِ بل لعَدَمِ الإمامِ؛ لأنّه خرج عن أنْ يكونَ إمامًا فصار كواحِدٍ من المُؤْتَمِّينَ، أو يُقالُ: الجماعةُ شرطُ الجمعِ عندَ أبي حنيفةَ رحمه الله تعالى لكنْ في حَقِّ غيرِ الإمامِ لا في حَقِّ الإمامِ، واللّه تعالى الموَفِّقُ.

فإنْ ماتَ الإمامُ فصلّى بالنّاسِ خَليفتُه جاز؛ لأنّ موتَ الإمامِ لا يوجِبُ بُطْلانَ ولايةِ خُلَفائه كولايةِ السّلْطَنةِ، والقضاءِ. فإذا فرَغَ الإمامُ من الصّلاةِ راحَ إلى الموقِفِ عَقيبَ الصّلاةِ، وراحَ النّاسُ معه؛ لأنّ النّبيّ ﷺ راحَ إليه عَقيبَ الصّلاةِ.

ويَرْفَعُ الأيديَ بَسطًا يستقبِلُ كما يستقبِلُ الدّاعي بيَدِه ووجهِه، لما رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما [١/ ٢٣٨أ] أنّه قال: رأيتُ رسولَ اللّه ﷺ يدعو بعرَفاتٍ باسِطًا يَدَيْه في نحرِه كاستِطْعامِ المِسكينِ (٢).

(١) ليست في المخطوط.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن (٥/ ١١٧)، (٩٢٥٧)، وذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٦٤)، وقال: رواه ابن عدي في الكامل وأعله بحسين بن عبد الله، وقال: ضعفه ابن معين والنسائي وابن المديني، وقال ابن عدي: هو ممن يكتب حديثه فإني لم أجد له حديثاً منكراً جاوز المقدار.

فيَقِفُ الإمامُ والنّاسُ إلى غروبِ الشّمسِ يُكَبِّرونَ ويُهَلِّلونَ، ويحمَدونَ اللّهَ تعالى، ويُثْنونَ عليه، ويُصَلُّونَ على النّبيِّ ﷺ ويسألونَ اللّهَ تعالى حَوائجَهم، ويتضَرَّعونَ إليه بالدُّعاءِ، لما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «أفضلُ الدُّعاءِ دُعاءُ أهلِ عَرَفةَ، وأفضلُ ما قُلْتُ وقالتِ الأنبياءُ قبلي عَشيّةَ يومِ عَرَفةَ: لا إلَهَ إلاّ اللّه، وحْدَه لا شَريكَ له، له المُلْكُ، وله الحمْدُ، يُحْيي ويُميتُ، وهو حَيٌّ لا يَموتُ، بيَدِه الخيرُ، وهو على كُلِّ شيءٍ قَديرٌ»[(١)].

وعن عَليٍّ رضي الله عنه أنّ النّبيَّ ﷺ قال: «إنّ أكثرَ دُعائي ودُعاءِ الأنبياءِ [قبلَ][(٢)] عَشيّةِ يومِ عَرَفةَ: لا إلَهَ إلاّ اللّه وحْدَه لا شَريكَ له، له المُلْكُ، وله الحمْدُ، يُحْيي ويُميتُ، وهو على كُلِّ شيءٍ قَديرٌ، اللّهُمَّ اجعَلْ في قَلْبي نورًا، وفي سَمْعي نورًا، وفي بَصَري نورًا، اللّهُمَّ اشرَحْ لي صَدْري، ويسِّرْ لي أمري، وأعوذُ بكَ من وسواسِ الصُّدورِ، وسَيِّئاتِ الأُمورِ، وفِتْنةِ الفقرِ، اللّهُمَّ إنّي أعوذُ بكَ من شَرِّ ما يَلِجُ في الليلِ، وشَرِّ ما تَهُبُّ به الرِّياحُ»[(٣)].

وليس عن أصحابِنا فيه دُعاءٌ موَقَّتٌ؛ لأنّ الإنسانَ يدعو بما شاء، ولأنّ تَوْقيتَ الدُّعاءِ يَذْهَبُ بالرِّقّةِ؛ لأنّه يَجْري على لسانِه من غيرِ قَصْدِه فيَبْعُدُ عن الإجابةِ، ويُلَبّي في موقِفِه ساعةً بعدَ ساعةٍ، ولا يقطَعُ التّلْبيةَ، وهذا قولُ عامّةِ العُلَماءِ[(٤)]. وقال مالِكٌ: إذا وقَفَ بعَرَفةَ يقطَعُ التّلْبيةَ[(٥)].

والصّحيحُ قولُ العامّةِ لما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ لَبّى حتّى[(٦)] رمى جَمْرةَ العقَبةِ رواه في الصحيحين[(٧)].

---

(١) ذكره السيوطي في «الجامع» (٨٣٦)، وقال: رواه البيهقي في «الشعب» عن أبي هريرة، وضعفه الألباني في ضعيف الجامع (١٠٠٩).
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) أخرجه البيهقي في السنن (٥/ ١١٧)، (٩٢٥٨) من حديث علي بن أبي طالب، وقال: تفرد به موسى ابن عبيدة وهو ضعيف ولم يدرك أخاه عليًّا.
(٤) انظر في مذهب الحنفية: الاختيار لتعليل المختار (١/ ١٤٢، ١٤٥).
(٥) قال المالكية بقطعها بعد الزوال من يوم عرفة، انظر: الكافي (١/ ٥٢٢)، قوانين الأحكام الشرعية ص (١٣٨، ١٣٩)، الخرشي (٢/ ٣٢٥).
(٦) في المخطوط: «حين».
(٧) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب الركوب والارتداف في الحج، حديث (١٥٤٤)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: استحباب إدامة الحاج التلبية، حديث (١٢٨١)، وأبو داود (١٨١٥)، والترمذي (٩١٨)، من حديث ابن عباس.

ورُوِيَ عن عبدِ اللَّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنه أنّه لَبّى عَشيّةَ [يوم] (١) عَرَفةَ فقيلَ له: ليس هذا موضِعَ التّلْبيةِ فقال: أجَهِلَ النّاسُ أم نَسُوْا فوالذي بَعَثَ محمّدًا بالحقِّ لَقد حَجَجْتُ مع رسولِ اللَّه ﷺ فما ترك التّلْبيةَ حتّى رمى جَمْرةَ العقَبةِ إلاّ أنْ يُخَلِّلَها أو يخلِطها بتكبيرٍ وتَهْليلٍ(٢)، ولأنّ التّلْبيةَ ذِكْرٌ يُؤْتَى به في ابتِداءِ هذه العِبادةِ، وتكَرَّرَ (٣) في أثنائها فأشبَهَ التّكبيرَ في بابِ الصّلاةِ، وكان (٤) ينبغي أنْ يُؤْتَى به إلى آخِرِ أركانِ هذه العِبادةِ كالتّكبيرِ إلاّ أنّا تَرَكْنا القياسَ فيما بعدَ رَمْيِ جَمْرةِ العقَبةِ، أو ما يقومُ مَقامَ الرّمْيِ في القطْعِ بالإجماعِ، فبَقِيَ الأمرُ فيما قبلَ ذلك على أصلِ القياسِ.

وسَواءٌ كان مُفْرِدًا بالحجِّ أو قارِنًا أو مُتَمَتِّعًا، بخلافِ المُفْرِدِ بالعُمْرةِ أنّه يقطَعُ التّلْبيةَ إذا استَلَمَ الحجَرَ حينَ يَأْخُذُ في طَوافِ العُمْرةِ؛ لأنّ الطّوافَ رُكْنٌ في العُمْرةِ فأشبَهَ طَوافَ الزِّيارةِ في الحجِّ، وهناك يقطَعُ التّلْبيةَ قبلَ الطّوافِ كذا ههنا. والأفضلُ أنْ يكونَ في الموقِفِ مُستقبِلَ القِبْلةِ لما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «خَيرُ المجالِسِ ما استُقْبِلَ به القِبْلةُ»(٥).

ورُوِيَ عن جابرٍ رضي الله عنه أنّه قال: رَكِبَ رسولُ اللَّه ﷺ حتّى أتى الموقِفَ فاستقبَلَ به القِبْلةَ فلم يزَلْ واقِفًا، حتّى غَرَبَتِ الشّمسُ(٦)، فإنِ انحَرف قَليلاً لم يَضُرَّه؛ لأنّ الوُقوفَ ليس بصلاةٍ. وكذا لو وقَفَ، وهو مُحْدِثٌ أو جُنُبٌ لم يَضُرَّه لما مرَّ أنّ الوُقوفَ عِبادةٌ لا يتعَلَّقُ بالبيتِ، فلا يُشْتَرَطُ له الطّهارةُ كرَمْيِ الجِمارِ. والأفضلُ للإمامِ أنْ يَقِفَ على راحِلَتِه؛ لأنّ النّبيّ ﷺ وقَفَ راكِبًا (٧)، وكُلّما قَرُبَ في وُقوفِه من الإمامِ فهو أفضلُ؛ لأنّ الإمامَ يُعَلِّمُ النّاسَ، ويدعو فكلّما كان أقرَبَ كان أمكَنَ من السّماعِ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) أخرجه أحمد، (٣٩٥١)، والحاكم في المستدرك (١/ ٦٣٢)، (١٦٩٦)، والبيهقي في السنن (٥/ ١٣٨)، (٩٣٨٧) من حديث ابن مسعود، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم.
(٣) في المخطوط: «يكون». (٤) في المخطوط: «قال».
(٥) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤/ ٣٠٠)، (٧٧٠٦)، والبيهقي في السنن (٧/ ٢٧٢)، (١٤٣٦٥)، من حديث ابن عباس، وهو ضعيف كما في ضعيف الجامع (٨٧٦)، ولفظه «أشرف المجالس ما استقبل به القبلة».
(٦) سبق تخريجه من حديث جابر في الحج.
(٧) انظر تخريج الحديث السابق.

وعَرَفاتٌ كُلُّها موقِفٌ إلاَّ بَطْنَ عُرَنَةَ، فإنّه يُكْرَه الوُقوفُ فيه لما ذكرنا في بيانِ مكانِ الوُقوفِ فيَقِفُ إلى غروبِ الشّمسِ فإذا غَرَبَتِ الشّمسُ دَفَعَ الإمامُ، والنّاسُ معه، ولا يدفَعُ أحدٌ قبلَ غروبِ الشّمسِ لا الإمامُ ولا غيرُه، لما مرَّ أنّ الوُقوفَ إلى غروبِ الشّمسِ واجبٌ.

ورُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه خَطَبَ عَشيّةَ عَرَفةَ فقال: «أمّا بعدُ، فإنّ هذا يومُ الحجِّ الأكبرِ، وإنّ الجاهِليّةَ كانتْ تَدْفَعُ من ههنا، والشّمسُ على رُءُوسِ الجِبالِ مثلُ العمائمِ على رُءُوسِ الرِّجالِ فخالِفوهم»[(١)]، وأمرَ [النّبيُّ ﷺ][(٢)] بالدّفعِ منه بعدَ الغروبِ، فإنْ خافَ بعضُ القوْمِ الزِّحامَ، أو كانتْ به عِلّةٌ فيُقَدَّمُ[(٣)] قبلَ الإمامِ قَليلاً، ولم يُجاوِزْ حَدَّ عَرَفةَ فلا بَأسَ به؛ لأنّه إذا لم يُجاوِزْ حَدَّ عَرَفةَ، فهو في مكانِ الوُقوفِ. وقد دَفَعَ الضّرَرَ عن نفسِه، وإنْ ثبت على مكانِه حتّى يدفَعَ الإمامُ، فهو أفضلُ لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَفِيضُوا مِنْ حَيْثُ أَفَاضَ ٱلنَّاسُ﴾ [البقرة:١٩٩].

وينبغي للنّاسِ أنْ يُدْفَعوا، وعليهم السّكينةُ والوَقارُ حتّى يَأتوا مُزْدَلِفةَ، لما رُوِيَ أنّ النّبيّ ﷺ أفاضَ من عَرَفةَ، وعليه السّكينةُ حتّى رُوِيَ أنّه كان يَكْبَحُ[(٤)] ناقتَه[(٥)].

ورُوِيَ [١/ ٢٣٨ب] أنّه لَمّا دَفَعَ من عَرَفاتٍ فقال: «أيُّها النّاسُ إنّ البِرَّ ليس في إيجافِ الخيلِ، ولا في أبضاعِ الإبِلِ، بل على هَيْئَتِكم»[(٦)]، ولأنّ هذا مشيٌ إلى الصّلاةِ؛ لأنّهم يَأتونَ مُزْدَلِفةَ ليُصَلُّوا بها المغربَ والعِشاء. وقد (قال النّبيُّ ﷺ)[(٧)]: «إذا أتيتُم الصّلاةَ فأتوها،

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٣٠٤)، (٣٠٩٧)، والبيهقي في السنن (٥/ ١٢٥)، (٩٣٠٤)، والطبراني في الكبير (٢٠/ ٢٤)، (٢٨)، من حديث المسور بن مخرمة، وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «فتقدم». (٤) في المخطوط: «لا يكبح».

(٥) أخرجه النسائي في كتاب: مناسك الحج، باب: فرض الوقوف بعرفة، حديث (٣٠١٨)، وأحمد (٢١٨٠٤)، من حديث ابن عباس، وهو صحيح كما في صحيح النسائي، وفيه: أن أسامة بن زيد قال: أفاض رسول الله ﷺ من عرفة وأنا رديفه فجعل يكبح راحلته حتى أن ذفراها ليكاد يصيب قادمة الرحل وهو يقول: «يا أيها الناس عليكم بالسكينة والوقار فإن البر ليس في إيضاح الإبل».

(٦) أخرجه أحمد، (٢٥٠٣)، والحاكم في المستدرك (٣/ ٣٠٩)، (٥٢٠٠)، والبيهقي في السنن (٥/ ١٢٦)، (٢٨٤٤) من حديث ابن عباس، وفيه «ليس البر بإيجاف الخيل والإبل» وفي رواية «ليس البر بإيضاح الخيل والإبل وعليكم بالسكينة».

(٧) في المخطوط: «روي عن النبي ﷺ أنه قال».

وأنتُم تَمْشونَ، ولا تَأتوها وأنتُم تسعَوْنَ، وعليكم السّكينةُ والوَقارُ»[١]، فإنْ أبطَأ الإمامُ بالدّفْعِ، وتَبيّنَ للنّاسِ الليلُ دَفَعوا قبلَ الإمامِ لأنّه إذا تَبيّنَ الليلُ فقد جاء أوانُ الدّفْعِ، والإمامُ بالتّأخيرِ ترك السّنّةَ فلا ينبغي لهم أنْ يَتْرُكوها.

وَإذا أتَى مُزْدَلِفةَ يَنْزِلُ حيث شاء عن يمينِ الطّريقِ أو عن يسارِه، ولا يَنْزِلُ على قارِعةِ الطّريقِ، ولا في وادي مُحَسِّرٍ لقولِ النّبيِّ ﷺ: «مُزدَلِفةُ كُلُّها موقِفٌ، إلا وادي مُحَسِّرٍ»[٢]، وإنّما لا يَنْزِلُ على الطّريقِ؛ لأنّه يمنَعُ النّاسَ عن الجوازِ فيتأذَّوْنَ به، فإذا دخل وقتُ العِشاءِ يُؤَذِّنُ المُؤَذِّنُ ويُقيمُ فيُصلّي الإمامُ بهم صلاةَ المغربِ في وقتِ صلاةِ العِشاءِ ثمّ يُصلّي بهم صلاةَ العِشاءِ بأذانٍ واحِدٍ وإقامةٍ واحِدةٍ في قولِ أصحابِنا الثّلاثةِ.

وقال زُفَرُ: بأذانٍ واحِدٍ وإقامتَيْنِ[٣]، وقال الشّافعيُّ: بأذانَيْنِ وإقامةٍ واحِدةٍ[٤].

احتجَّ زُفَرُ بما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ صلّى المغربَ، والعِشاء بمُزْدَلِفةَ بإقامتَيْنِ[٥]، ولأنّ هذا أحدُ نوعَيِ الجمعِ فيُعتبَرُ بالنّوْعِ الآخَرِ، وهو الجمعُ بعَرَفةَ، والجمعُ هناك[٦] بأذانٍ واحِدٍ وإقامتَيْنِ كذا ههنا.

(ولَنا): ما رُوِيَ عن عبدِ اللّه بنِ عمرَ، وخُزَيْمةَ بنِ ثابِتٍ رضي الله عنهما، أنّ النّبيّ ﷺ صلّى المغربَ والعِشاء بمُزْدَلِفةَ بأذانٍ واحِدٍ وإقامةٍ واحِدةٍ[٧]، وعن أبي أيُّوبَ الأنْصاريِّ رضي الله عنه أنّه قال: صلّيْتُهما مع رسولِ اللّه ﷺ بأذانٍ واحِدٍ وإقامةٍ واحِدةٍ[٨].

وما احتجَّ به زُفَرُ محمولٌ على الأذانِ والإقامةِ، فيُسَمّى الأذانُ إقامةً كما يُقالُ: سَنةُ العمرَيْنِ، ويُرادُ به سَنةُ أبي بكرٍ [وعمرَ][٩] رضي الله عنهما، وقال: ﷺ «بين كُلِّ أذانَينِ صلاةٌ لمَنْ شاء إلاّ المغربَ»[١٠]، وأرادَ به الأذانَ والإقامةَ كذا ههنا.

---

(١) سبق تخريجه في الصلاة.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٢٠)، مختصر الطحاوي ص (٦٥)، المبسوط (٤/ ١٩، ٦٢)، متن القدوري ص (٢٧)، تحفة الفقهاء، (١/ ٤٠٧)، الاختيار (١/ ١٥).
(٤) في بيان مذهب الشافعية: قال النووي: إن الأصح في مذهبنا أنه يؤذن للأولى ويقيم لكل واحدة، انظر: الأم (٢/ ٢١٢) مختصر المزني ص (٦٨)، حلية العلماء (٣/ ٢٩٢)، المهذب مع المجموع (٢/ ٨٦، ٨٧).
(٥) سبق تخريجه في الصلاة.
(٦) في المخطوط: «بعرفة».
(٧) سبق تخريجه في الصلاة.
(٨) سبق تخريجه في الصلاة.
(٩) ليست في المخطوط.
(١٠) سبق تخريجه في الصلاة.

والقياسُ على الجمعِ الآخرِ غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ هناك الصّلاةُ الثّانيةُ، وهي العصرُ تُؤدّى في غيرِ وقتِها فتقعُ الحاجةُ إلى إقامةٍ أُخرى للإعلامِ بالشُّروعِ فيها، والصّلاةُ [الثّانيةُ] ههنا، وهي العِشاءُ تُؤدّى في وقتِها فيُستَغْنَى عن تجديدِ الإعلامِ كالوترِ مع العِشاءِ، ولا يتشاغَلُ بينهما بتَطوُّعٍ ولا بغيرِه؛ لأنّ النّبيّ ﷺ لم يتشاغَلْ بينهما بتَطوُّعٍ، ولا بغيرِه، فإنْ تَطَوّعَ بينهما أو تَشاغَلَ [بشيءٍ] أعاد الإقامةَ للعِشاءِ؛ لأنّها انقَطَعَتْ عن الإعلامِ الأوّلِ فاحتاجَتْ إلى إعلامٍ آخَرَ، فإنْ صلّى المغربَ وحْدَه والعِشاء وحْدَه أجزأه، بخلافِ الظّهرِ والعصرِ بعَرَفةَ على قولِ أبي حنيفةَ: إنّه لا يجوزُ إلاّ بجَماعةٍ عندَه، والفرقُ له أنّ المغربَ تُؤدّى فيما هو وقتُها في الجُمْلةِ إنْ لم يكنْ وقتُ أدائها، فكان الجمعُ ههنا بتأخيرِ المغربِ عن وقتِ أدائها، فيجوزُ فعلُها وحْدَه، كما لو تأخّرَتْ عنه بسببٍ آخَرَ فقضاه في وقتِ العِشاءِ وحْدَه، والعصرُ هناك تُؤدّى فيما ليس وقتَها أصلاً ورأسًا، فلا يجوزُ؛ إذْ لا جوازَ للصّلاةِ قبلَ وقتِها، وإنّما عَرَفْنا جوازَها بالشّرعِ، وإنّما ورد الشّرعُ بها بجَماعةٍ فيَتْبَعُ موردَ الشّرعِ.

والأفضلُ أنْ يُصلّيَهما مع الإمامِ بجَماعةٍ؛ لأنّ الصّلاةَ بجَماعةٍ أفضلُ، ولو صلّى المغربَ بعدَ غروبِ الشّمسِ قبلَ أنْ يَأتيَ مُزْدَلِفةَ، فإنْ كان يُمكِنُه أنْ يَأتيَ مُزْدَلِفةَ قبلَ طُلوعِ الفجرِ لم تجزْ صلاتُه، وعليه إعادتُه ما لم يَطْلُعِ الفجرُ في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ وزُفر والحسَنِ.

وقال أبو يوسفَ: تُجْزِئُه وقد أساءَ، وعلى هذا الخلافِ إذا صلّى العِشاء في الطّريقِ بعدَ دخولِ وقتِها.

وجه قولِه: أنّه أدّى المغربَ والعِشاء في وقتَيْهما؛ لأنّه ثبت كونُ هذا الوقتِ وقتًا لهما بالكتابِ [العزيزِ] (١)، والسّنَنِ المشهورةِ المُطْلَقةِ عن المكانِ على ما ذكرنا في كتابِ الصّلاةِ، فيجوزُ كما لو أدّاها في غيرِ ليلةِ المُزْدَلِفةِ إلاّ أنّ التّأخيرَ سُنّةٌ. وتركُ السّنّةِ لا يسلُبُ الجوازَ، بل (٢) يوجِبُ الإساءةَ، ولهما ما رُوِيَ: أنّ رسولَ اللّه ﷺ لَمّا دفَعَ من عَرَفاتٍ، وكان أُسامةُ بنُ زَيْدٍ رضي الله عنه رَديفَ رسولِ اللّه ﷺ قال: فلَمّا بَلَغَ الشِّعبَ الأيسَرَ الذي دونَ المُزْدَلِفةِ أناخَ فبالَ، ثمّ جاء فصَبَبْتُ عليه الوضوءَ فتوضّأ وضوءًا خفيفًا

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «وإنما».

فقُلْتُ: الصّلاةُ يا رسولَ اللَّه فقال: «الصّلاةُ أمامَكَ»[١]. ورُوِيَ أنّه ﷺ قال: «المُصلّى أمامَك» فجاء مُزْدَلِفَةَ فتوضَّأ فأسبَغَ [الوضوءَ] فدَلَّ الحديثُ على اختِصاصِ جوازِها في حالِ الاختيارِ [١/ ٢٣٩أ] والإمكانِ بزَمانٍ ومكانٍ، وهو وقتُ العِشاءِ بمُزْدَلِفَةَ، ولم يوجَدْ فلا يجوزُ، ويُؤْمرُ بالإعادةِ في وقتِها ومكانِها ما دامَ الوقتُ قائمًا، فإنْ لم يُعِدْ حتّى طَلَعَ الفجرُ أعاد إلى الجوازِ عندَهما أيضًا؛ لأنّ الكتابَ الكريمَ والسّنَنَ المشهورةَ تقتَضي الجوازَ؛ لأنّها تقتَضي كونَ الوقتِ وقتًا لها، وأنّها مُطْلَقَةٌ عن المكانِ.

وحديثُ أُسامةَ رضي الله عنه يقتضي عَدَمَ الجوازِ، وأنّه من أخبارِ الآحادِ، ولا يجوزُ العملُ بخَبَرِ الواحِدِ على وجهٍ يتضَمَّنُ بُطْلانَ العملِ بالكتابِ والسّنَنِ المشهورةِ، فيُجْمَعُ بينهما فيُعملُ بخَبَرِ الواحِدِ فيما قبلَ طُلوعِ الفجرِ، ويُؤْمرُ بالإعادةِ، ويُعملُ بالكتابِ العزيزِ والسّنَنِ المشهورةِ فيما بعدَ طُلوعِه، فلا نَأمُرُه بالإعادةِ عَمَلاً بالدّلائلِ بقدرِ الإمكانِ.

هذا إذا كان يُمكِنُه أنْ يَأتيَ مُزْدَلِفَةَ قبلَ طُلوعِ الفجرِ، فأمّا إذا خَشيَ أنْ يَطْلُعَ الفجرُ قبلَ أنْ يَصِلَ إلى مُزْدَلِفَةَ لأجلِ ضيقِ الوقتِ، بأنْ كان في آخِرِ الليلِ بحيث يَطْلُعُ الفجرُ قبلَ أنْ يَأتيَ مُزْدَلِفَةَ فإنّه يجوزُ بلا خلافٍ، هكذا رَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ؛ لأنّ بطُلوعِ الفجرِ يَفوتُ وقتُ الجمعِ، فكان في تقديمِ الصّلاةِ صيانَتُها عن الفواتِ، فإنْ كان لا يخشَى الفواتَ لأجلِ ضيقِ الوقتِ، ولكنّه ضَلَّ عن الطّريقِ لا يُصلّي، بل يُؤَخِّرُ إلى أنْ يَخافَ طُلوعَ الفجرِ لو لم يَصِلْ، فعندَ ذلك يُصلّي لما ذكرنا، واللَّه الموَفِّقُ.

ويَبيتُ ليلةَ المُزْدَلِفةِ بمُزْدَلِفةَ؛ لأنّ رسولَ اللَّه ﷺ باتَ بها، فإنْ مرَّ بها مارًّا بعدَ طُلوعِ الفجرِ من غيرِ أنْ يَبيتَ بها فلا شيءَ عليه، ويكونُ مُسيئًا، وإنّما لا يلزَمُه شيءٌ؛ لأنّه أتَى بالرّكْنِ، وهو كينونَتُه بمُزْدَلِفةَ بعدَ طُلوعِ الفجرِ، لكنّه يكونُ مُسيئًا لتركِه السّنّةَ، وهي البيتوتةُ بها فإذا طَلَعَ الفجرُ صلّى الإمامُ بهم صلاةَ الفجرِ بغَلَسٍ لما رُوِيَ عن عبدِ اللَّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنه أنّه قال: ما رأيتُ رسولَ اللَّه ﷺ صلّى صلاةً لغيرِ ميقاتها إلاّ صلاةَ العصرِ بعَرَفَةَ، وصلاةَ المغربِ بجَمْعٍ، وصلاةَ الفجرِ يومَئذٍ، فإنّه صلاّها قبلَ وقتِها

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الوضوء، باب: إسباغ الوضوء، حديث (١٣٩)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: استحباب إدامة الحاج التلبية، حديث (١٢٨٠)، وأبو داود (١٩٢١)، والنسائي (٦٠٩)، وابن ماجه (٣٠١٩)، (١٨٨١) من حديث أسامة بن زيد.

بغَلَسٍ[١] أي: صلاّها قبلَ وقتِها المُستَحَبِّ بغَلَسٍ، ولأنّ الفائتَ بالتَّغْليسِ فضيلةُ الإسفارِ، وأنّها مُمْكِنُ الاستدراكِ في كُلِّ يومٍ، فأمَّا فضيلةُ الوُقوفِ، فلا تُستَدْرَكُ في غيرِ ذلك اليومِ، فإذا صلَّى الإمامُ بهم وقَفَ بالنّاسِ، ووَقَفوا وراءَه أو معه، والأفضلُ أنْ يكونَ موقِفُهم على الجبَلِ الذي يُقالُ له: قُزَحُ، وهو تَأويلُ ابنِ عبّاسٍ للمشعَرِ الحرام أنّه الجبَلُ وما حولَه، وعندَ عامَّةِ أهلِ التّأويلِ: المشعَرُ الحرامُ هو مُزْدَلِفَةُ فيَقِفونَ إلى أنْ يُسفِرَ جِدًّا يدعونَ اللَّهَ تعالى، ويُكَبِّرونَ، ويُهَلِّلونَ، ويحمَدونَ اللَّهَ تعالى، ويُثْنونَ عليه، ويُصلُّونَ على النّبيِّ ﷺ ويسألونَ حَوائجَهم، ثمّ يدفَعُ منها إلى مِنًى قبلَ طُلوعِ الشّمسِ لما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «إنّ الجاهِليّةَ كانتْ تنفِرُ من هذا المقامِ، والشّمسُ على رُءُوسِ الجِبالِ فخالِفوهم»[٢] فأفاضَ قبلَ طُلوعِ الشّمسِ. وقد كانتِ الجاهِليّةُ تقولُ بمُزْدَلِفَةَ: أشرِقْ ثَبير كيما نُغيرُ، وهو جَبَلٌ عالٍ تَطْلُعُ عليه الشّمسُ قبلَ كُلِّ موضِعٍ فخالَفَهم رسولُ اللَّه ﷺ فدَفَعَ قبلَ طُلوعِ الشّمسِ.

وإنْ دَفَعَ بعدَ طُلوعِ الشّمسِ[٣] قبلَ أنْ يُصلّيَ النّاسُ [الفجرَ][٤] فقد أساءَ ولا شيءَ عليه، أمَّا الإساءةُ فلأنّ السّنّةَ أنْ يُصلّيَ الفجرَ، ويَقِفَ ثمّ يُفيضَ فإذا لم يَفْعَلْ فقد ترك السّنّةَ فيكونُ مُسيئًا. وأمَّا عَدَمُ لُزومِ شيءٍ فلأنّه وُجِدَ منه الرّكْنُ، وهو الوُقوفُ، [ولو] ساعةً، وإذا أفاضَ من جَمْعٍ دَفَعَ على هَيِّنَتِه؛ لأنّ النّبيّ ﷺ كذا فعل. وَيأخُذُ حَصَى الجِمارِ من مُزْدَلِفَةَ أو من الطّريقِ لما رُوِيَ: أنّ النّبيّ ﷺ أمرَ ابنَ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنْ يَأخُذَ الحصَى من مُزْدَلِفَةَ[٥]، وعليه فعلُ المسلمينَ، وهو أحدُ نوعَيِ الإجماعِ. وإنْ رمي

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: متى يصلى الفجر بجمع، حديث (١٦٨٢)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: استحباب زيادة التغليس بصلاة الصبح يوم النحر، حديث (١٢٨٩)، والنسائي (٣٠٣٨)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٤٣٠)، (٤٠٤٣)، والبيهقي في السنن (٥/ ١٢٤)، (٩٣٠١) من حديث ابن مسعود، وفيه «ما رأيت رسول الله ﷺ صلى صلاة بغير ميقاتها إلا صلاتين صلاة المغرب والعشاء بجمع وصلى الفجر يومئذ قبل ميقاتها».

(٢) سبق تخريجه قريبا.

(٣) في المخطوط: «الفجر».

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) أخرجه أحمد، (٢٠٥٣)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٤٣٥)، (٤٠٦٣)، وابن حبان (٩/ ١٨٣)، (٣٨٧١)، والطبراني في الكبير (١٨/ ٢٨٩)، (٧٤٢) من حديث ابن عباس، وذكره ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٢/ ٢٦٢)، (١٠٦٧) وهو صحيح كما في السلسلة الصحيحة (٢١٤٤)، وفيه «قال رسول الله ﷺ غداة العقبة وهو واقف على راحلته: «هات القط لي» فلقطت له حصيات هن حصى الخذف فوضعهن في يديه فجعل يقول بهن في يده «بأمثال هؤلاء».

بحَصاةٍ أخذها من الجمرةِ أجزأه. وقد أساءَ[١]، وقال مالِكٌ: لا تُجزِئُه؛ لأنّها حَصًى مُستَعملةٌ[٢].

ولَنَا قولُه ﷺ: «ارم ولا حَرَجَ»[٣] مُطْلَقًا، وتَعليلُ مالِكٍ لا يستقيمُ على أصلِه؛ لأنّ الماءَ المُستَعملَ عندَه طاهرٌ وطَهورٌ حتّى يجوزَ الوضوءُ به، فالحِجارةُ المُستَعملةُ أولى، وإنّما كُرِهَ ذلك عندَنا لما رُوِيَ أنّه سُئلَ ابنُ عبّاسٍ فقيلَ له: إنّ من عَهْدِ إبراهيمَ إلى يومِنا هذا في الجاهِليّةِ والإسلامِ يَرْمي النّاسُ، وليس ههنا إلاّ هذا القدرُ فقال: كُلُّ حَصاةٍ تُقبَلُ فإنّها تُرْفَعُ، وما لا يُقبَلُ فإنّه يبقى[٤]. ومثلُ هذا لا يُعرَفُ إلاّ سَماعًا من رسولِ اللّه ﷺ فيُكرَه أنْ يَرْمِيَ بحَصاةٍ لم تُقبل فيأتي مِنًى فيَرْمي جَمْرةَ العقَبةِ سبعَ حَصَياتٍ، لما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ لَمّا أتى مِنًى لم يَعرُجْ على شيءٍ حتّى رمى جَمْرةَ العقَبةِ سبعَ حَصَياتٍ.

ويقطَعُ التّلْبيةَ مع أوّلِ حَصاةٍ يَرْمي بها جَمْرةَ العقَبةِ، لما رَوَى أُسامةُ بنُ زَيْدٍ، والفضْلُ [١/ ٢٣٩ب] ابنُ عبّاسٍ: «أنّ النّبيّ ﷺ قَطَعَ التّلْبيةَ عندَ أوّلِ حَصاةٍ رمى بها جَمْرةَ العقَبةِ»[٥]، وكان أُسامةُ رَديفَ رسولِ اللّه ﷺ من عَرَفاتٍ إلى مُزْدَلِفَةَ، والفضْلُ كان رَديفَه من مُزْدَلِفَةَ إلى مِنًى[٦].

ورُوِيَ أنّ ابنَ عبّاسٍ سُئلَ عن ذلك فقال: أخبرني أخي الفضْلُ أنّ النّبيّ ﷺ قَطَعَ التّلْبيةَ عندَ أوّلِ حَصاةٍ رمى بها جَمْرةَ العقَبةِ[٧]، وكان رَديفَ رسولِ اللّه ﷺ، وسَواءٌ كان في الحجِّ الصّحيحِ أو في الحجِّ الفاسِدِ أنّه يقطَعُ التّلْبيةَ مع أوّلِ حَصاةٍ يَرْمي بها جَمْرةَ العقَبةِ؛

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٢٧)، مختصر اختلاف العلماء (٢/ ١٦٠)، المبسوط (٤/ ٦٧).
(٢) مذهب المالكية: أنه من رمى بحصاه قد رمى بها لا يجزئه ذلك، انظر: المدونة (١/ ٤٢٢).
(٣) سبق تخريجه.
(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك (١/ ٦٥٠)، (١٧٥٢)، والبيهقي في السنن (٥/ ١٢٨)، (٩٣٢٨)، والدارقطني (٢/ ٣٠٠)، (٢٨٨)، والطبراني في الأوسط (٢/ ٢٠٩)، (١٧٥٠) من حديث أبي سعيد الخدري مرفوعاً، ولم أقف عليه من حديث ابن عباس، وقال البيهقي: يزيد بن سنان ليس بالقوى في الحديث، وروي من وجه آخر ضعيف عن ابن عمر مرفوعاً، قلت: والحديث ضعيف كما في ضعيف الترغيب والترهيب (٧٤٩)، ولفظه قلنا يا رسول الله هذه الجمار التي ترمي كل سنة فنحسب أنها تنقص قال: «ما تقبل منها رفع ولولا ذلك رأيتموها مثل الجبال» واللفظ للطبراني.
(٥) سبق تخريجه.
(٦) سبق تخريجه.
(٧) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، (٥/ ١٣٧)، برقم (٩٣٨٦).

لأنّ أعمالَها لا تختَلِفُ، فلا يختلفُ وقتُ قَطْعِ التّلْبيةِ، وسَواءٌ كان مُفْرِدًا بالحجِّ أو قارِنًا أو مُتَمَتِّعًا؛ لأنّ القارِنَ والمُتَمَتِّعَ كُلُّ واحِدٍ منهما مُحْرِمٌ بالحجِّ، فكان كالمُفْرِدِ به.

ولا يقطَعُ القارِنُ التّلْبيةَ إذا أخذ في طَوافِ العُمْرةِ؛ لأنّه مُحْرِمٌ بإحرامِ الحجِّ، وإنّما يقطَعُ عندَ ما يقطَعُ المُفْرِدُ بالحجّةِ؛ لأنّه بعدَ إتيانِه بالعُمْرةِ كالمُفْرِدِ بالحجِّ، فأمّا المُحْرِمُ بالعُمْرةِ المُفْرَدةِ فإنّه يقطَعُ التّلْبيةَ إذا استَلَمَ [الحجَرَ] (١)، وأخذ في طَوافِ العُمْرةِ(٢)، والفرقُ بين المُحْرِمِ بالحجِّ، وبين المُحْرِمِ بالعُمْرةِ المُفْرَدةِ ذكرناه فيما تقدَّمَ، وقال مالِكٌ في المُفْرِدِ بالعُمْرةِ: يقطَعُ التّلْبيةَ إذا رأى البيتَ(٣)، وهذا غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ قَطْعَ التّلْبيةِ يتعَلَّقُ بفعلٍ هو نُسُكٌ كالرّمْيِ في حَقِّ المُحْرِمِ بالحجِّ، ورُؤْيةُ البيتِ ليست بنُسُكٍ، فلا يقطَعُ عندَها.

فأمّا استِلامُ الحجَرِ فنُسُكٌ كالرّمْيِ فيقطَعُ عندَه لا عندَ الرّؤْيةِ. قال محمّدٌ: إنّ فائتَ الحجِّ إذا تَحَلَّلَ بالعُمْرةِ يقطَعُ التّلْبيةَ حيث يَأخُذُ في الطّوافِ [لأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة، فكان بمنزلة المحرم بالعمرة، وأنه يقطع التلبية حين يأخذ في الطواف] (٤) كذا هذا، والقارِنُ إذا فاتَه الحجُّ يقطَعُ التّلْبيةَ في الطّوافِ والثّاني، الذي يتحَلَّلُ به من حَجّتِه؛ لأنّ العُمْرةَ ما فاتَتْه، إذْ ليس لها وقتٌ مُعَيّنٌ فيأتي بها فيَطوفُ، ويسعَى كما كان يَفْعَلُ لو لم يَفُتْه الحجُّ، وإنّما فاتَه الحجُّ فيَفْعَلُ ما يَفْعَلُه فائتُ الحجِّ، وهو أنْ يتحَلَّلَ بأفعالِ العُمْرةِ، وهي الطّوافُ والسّعيُ كالمُقيمِ فيقطَعُ التّلْبيةَ إذا أخذ في طَوافِ الحجِّ.

والمُحْصَرُ يقطَعُ التّلْبيةَ إذا ذَبَحَ عنه هَدْيَه؛ لأنّه إذا ذَبَحَ [هَدْيَه] (٥) فقد تَحَلَّلَ، ولا تَلْبيةَ بعدَ التّحَلُّلِ، فإنْ حَلَقَ الحاجُّ قبلَ أنْ يَرْميَ جَمْرةَ العقبةِ يقطَعُ التّلْبيةَ؛ لأنّه بالحلْقِ تَحَلَّلَ من الإحرامِ لما رَوَيْنا عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال لمَنْ حَلَقَ قبلَ الرّمْيِ: «ارمِ، ولا حَرَجَ»(٦) فثبت

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: تبيين الحقائق (٢/ ٤٥)، حاشية ابن عابدين (٢/ ٥٦٥).

(٣) مذهب المالكية قال: يقطع إذا دخل الحرم فإن أحرم من أدنى الحل قطع إذا رأى البيت. انظر قوانين الأحكام الشرعية ص (١٠٩)، الخرشي (٢/ ٣٢٥).

(٤) زيادة من المخطوط.

(٥) ليست في المخطوط.

(٦) أخرجه مسلم، كتاب: الحج، باب: من حلق قبل النحر أو قبل الرمي، حديث (١٣٠٦)، من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص قال سمعت رسول الله ﷺ وأتاه رجل يوم النحر وهو واقف عند الجمرة فقال: يا رسول الله: إني حلقت قبل أن أرمي فقال: «ارم ولا حرج...» الحديث. وأصله في البخاري، كتاب العلم، باب: الفتيا وهو واقف على الدابة وغيرها، حديث (٨٣) بلفظ: «... فنحرت قبل أن أرمي قال: ارم ولا حرج».

أنّ التّحلُّلَ من الإحرامِ يحصُلُ بالحلْقِ قبلَ الرّمْيِ، ولا تَلْبيةَ بعدَ التّحلُّلِ، فإنْ زارَ البيتَ قبلَ أنْ يَرْميَ، ويحلِقَ ويَذْبحَ، قَطَعَ التّلْبيةَ في قولِ أبي حنيفةَ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه يُلَبِّي ما لم يحلِقْ أو تَزولُ الشّمسُ من يومِ النّحْرِ، وعن محمّدٍ ثلاثُ رواياتٍ في روايةٍ مثلُ قولِ أبي حنيفةَ ورَوَى هِشامٌ عنه، ورَوَى ابنُ سِماعةَ عنه: أنّ مَنْ لم يَرْمِ قَطَعَ التّلْبيةَ إذا غَرَبَتِ الشّمسُ من يومِ النّحْرِ، ورَوَى هِشامٌ عنه روايةً أُخرى أنّه يقطَعُ التّلْبيةَ إذا مَضَتْ أيّامُ النّحْرِ، فظاهرُ روايتِه مع أبي حنيفةَ.

وجه قولِ أبي يوسفَ: أنّه وإنْ طافَ فإحرامُه قائمٌ لم يتحَلَّلْ بهذا الطّوافِ إذا لم يحلِقْ، بدليلِ أنّه لا يُباحُ له الطِّيبُ واللُّبْسُ، فالتَحقَ الطّوافُ بالعدَمِ، وصار كأنّه لم يَطُفْ فلا يقطَعُ التّلْبيةَ إلاّ إذا زالَتِ الشّمسُ؛ لأنّ من أصلِه أنّ هذا الرّمْيَ مُؤَقّتٌ بالزّوالِ، فإذا زالَتِ الشّمسُ يَفوتُ وقتُه، ويَفْعَلُ بعدَه قضاءً، فصار فواتُه عن وقتِه بمنزلةِ فعلِه في وقتِه، وعندَ فعلِه في وقتِه يقطَعُ التّلْبيةَ. كذا عندَ فواتِه عن وقتِه، بخلافِ ما إذا حَلَقَ قبلَ الرّمْيِ؛ لأنّه تَحَلَّلَ بالحلْقِ، وخرج عن إحرامِه حتّى يُباحَ له الطِّيبُ واللُّبْسُ لذلك افترَقا.

ولهما: أنّ الطّوافَ، وإنْ كان قبلَ الرّمْيِ والحلْقِ والذَّبْحِ، فقد وقَعَ التّحلُّلُ به في حَقِّ النِّساءِ، بدليلِ أنّه لو جامع بعدَه لا يلزَمُه بَدَنةٌ، فكان التّحلُّلُ بالطّوافِ كالتّحلُّلِ بالحلْقِ، فيقطَعُ التّلْبيةَ به كما يقطَعُ بالحلْقِ. وقد خرج الجوابُ عن قولِه: إنّ إحرامَه قائمٌ بعدَ الطّوافِ؛ لأنّا نقول: نَعَم لكنْ في حَقِّ الطِّيبِ واللُّبْسِ، لا في حَقِّ النِّساءِ فلم يكنْ قائمًا مُطْلَقًا، والتّلْبيةُ لم تُشْرَعِ إلاّ في الإحرامِ المُطْلَقِ.

ولو ذَبَحَ قبلَ الرّمْيِ يقطَعُ التّلْبيةَ في قولِ أبي حنيفةَ إذا كان قارِنًا أو مُتَمَتِّعًا، وهو إحدى الرّوايتيْنِ عن محمّدٍ، وإنْ كان مُفْرِدًا بالحجِّ لا يقطَعُ؛ لأنّ الذَّبْحَ من القارِنِ والمُتَمَتِّعِ مُحَلِّلٌ كالحلْقِ، ولا تَلْبيةَ بعدَ التّحلُّلِ، فأمّا المُفْرِدُ فتحلُّلُه لا يَقِفُ على ذَبْحِه. ألا ترى أنّه ليس بواجبٍ عليه، فلا يقطَعُ عندَه التّلْبيةَ، ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ أنّه لا يقطَعُ التّلْبيةَ، والتّحلُّلُ لا يَقَعُ بالذَّبْحِ على هذه الرّوايةِ عندَه [١/ ٢٤٠أ]، وإنّما يَقَعُ بالرّمْيِ أو بالحلْقِ.

ويَرْمي سبعَ حَصَياتٍ مثلَ حَصَى الخزَفِ، لما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال لعبدِ اللّه بنِ عبّاسٍ رضي الله عنه: «ائتِني بسبعِ حَصَياتٍ مثلَ حَصَى الخزَفِ» فأتاه بهنّ فجعل يُقَلِّبُهُنّ

بيَدِه، ويقولُ: «مثلُهُنّ بمثلِهِنّ لا تَغلوا فإنّما هَلَكَ مَنْ كان قبلَكم بالغلوّ في الدِّينِ»[١]. وقد قالوا: لا يزيدُ على ذلك لما رُوِيَ عن مُعاذٍ: رضي الله عنه أنّه قال: خَطَبَنا رسولُ اللَّه ﷺ بمِنًى، وعَلَّمَنا المناسِكَ، وقال: «ارموا سبعَ حَصَياتٍ مثلَ حَصَى الخزَفِ، ووَضَعَ إحدى سَبَّابَتَيه على الأُخرى كأنّه يخذِفُ»[٢]، ولأنّه لو كان أكبرَ من ذلك، فلا يُؤْمَنُ أنْ يُصيبَ غيرَه لازْدِحامِ النّاسِ فيتأذّى به.

ويَرْمي من بَطْنِ الوادي، ويُكَبِّرُ مع كُلِّ حَصاةٍ يَرْميها، لما رُوِيَ عن عبدِ اللَّه بنِ مسعودٍ: رضي الله عنه أنّه رمى جَمْرةَ العقَبةِ سبعَ حَصَياتٍ من بَطْنِ الوادي يُكَبِّرُ مع كُلِّ حَصاةٍ يَرْميها فقيلَ له: إنّ ناسًا يَرْمونَ من فوقِها فقال عبدُ اللَّه رضي الله عنه: هذا والذي لا إلَهَ غيرُه مَقامُ الذي أُنْزِلَتْ عليه سورةُ البقرةِ[٣]. وكذا رُوِيَ عن ابنِ عمرَ رضي الله عنهما أنّه كان يَرْمي جَمْرةَ العقَبةِ بسبعِ حَصَياتٍ يُتْبِعُ كُلَّ حَصاةٍ بتكبيرةٍ، ويقولُ: إنّ النّبيّ ﷺ كان يَفْعَلُ ذلك[٤].

وعن ابنِه سالِمِ بنِ عبدِ اللَّه أنّه استَبْطَنَ الوادي فرمى الجمرةَ سبعَ حَصَياتٍ يُكَبِّرُ مع كُلِّ حَصاةٍ اللَّه أكبرُ اللَّه أكبرُ، اللّهُمّ اجعَلْه حَجًّا مَبْرورًا، وذَنْبًا مغفورًا، وعَمَلاً مشكورًا، وقال: حَدَّثَني أبي أنّ النّبيّ ﷺ كان يَرْمي جَمْرةَ العقَبةِ من هذا المكانِ، ويقولُ كُلَّما رمى بحَصاةٍ مثلَ ما قُلْتُ[٥]، وإنْ رمى من فوقِ العقَبةِ أجزَأه، لكنّ السّنّةَ ما ذكرنا. وكذا لو جعل بَدَلَ التّكبيرِ تسبيحًا أو تَهْليلاً جاز، ولا يكونُ مُسيئًا. وقد قالوا: إذا رمى للعَقَبةِ[٦]

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) لم أقف عليه من حديث معاذ، ويشهد له الحديث السابق.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب: الحج، باب: من رمى جمرة العقبة فجعل البيت عن يساره، برقم (١٧٤٩)، ومسلم، كتاب: الحج، باب: رمي جمرة العقبة الكبرى من بطن الوادي. . .، برقم (١٢٩٦)، وأبو داود، (١٩٧٤)، والترمذي (٩٠١)، والنسائي (٣٠٧١)، وابن ماجه، (٣٠٣٠).

(٤) أخرجه البخاري، كتاب: الحج، باب: رفع اليدين عند جمرة الدنيا والوسطى، برقم (١٧٥٣)، والنسائي، (٣٠٨٣)، وابن ماجه مختصرًا، (٣٠٣٢).

(٥) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، (٥/ ١٢٩)، برقم (٩٣٣٣)، ولفظه: «عن زيد بن أسامة قال: ثم رأيت سالم بن عبد الله - يعني بن عمر - استبطن الوادي ثم رمى الجمرة بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة الله أكبر الله أكبر اللهم اجعله حجًا مبرورًا وذنبًا مغفورًا وعملاً مشكورًا فينبغي عما صنع، فقال: حدثني أبي أن النبي ﷺ كان يرمي الجمرة في هذا المكان ويقول كلما رمي بحصاة مثل ما قلت».

(٦) في المخطوط: «الكبرى».

يجعلُ الكعبةَ عن يسارِه، ومِنًى عن يمينِه، ويقومُ فيها حيث يَرى موقِعَ حَصاه، لما رُوِيَ عن عبدِ اللَّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنه أنّه لَمَّا انتَهَى إلى الجمرةِ الكُبْرى جعل الكعبةَ عن يسارِه، ومِنًى عن يمينِه.

وبِأيِّ شيءٍ رمى أجزَأه حَجَرًا كان أو طينًا أو غيرَهما مِمَّا هو من جِنْسِ الأرضِ، وهذا عندَنا[١] وقال الشّافعيُّ: لا يجوزُ إلاَّ بالحجَرِ[٢].

وجه قولِه أنّ هذا أمرٌ يُعرَفُ بالتّوْقيفِ، والتّوْقيفُ ورد بالحصَى، والحصَى هي الأحجارُ الصِّغارُ.

ولَنَا ما رَوَيْنا عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «ارمِ، ولا حَرَجَ»[٣]. ورُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «أوّلُ نُسُكِنا في يومِنا هذا الرّمْيُ ثمّ الذّبْحُ ثمّ الحلْقُ»[٤]. ورُوِيَ عنه ﷺ أنه قال: «مَنْ رمى وذَبَحَ وحلَقَ فقد حَلَّ له كُلُّ شيءٍ إلاَّ النّساءَ»[٥] مُطْلَقًا عن صِفةِ الرّمْيِ، والرّمْيُ بالحصَى من النّبيِّ ﷺ وأصحابه رضي الله عنهم محمولٌ على الأفضليّةِ لا الجوازِ تَوْفيقًا بين الدّلائلِ، لما صَحَّ من مذهبِ أصحابِنا أنّ المُطْلَقَ لا يُحمَلُ على المُقَيّدِ بل يَجْري المُطْلَقُ على إطلاقِه، والمُقَيّدُ على تقييدِه ما أمكَنَ، وههنا أمكَنَ بأنْ يُحمَلَ المُطْلَقُ على أصلِ الجوازِ، والمُقَيّدُ على الأفضليّةِ.

ولا يَقِفُ عندَ هذه الجمرةِ للدُّعاءِ بل يَنْصَرِفُ إلى رَحْلِه، والأصلُ أنّ كُلَّ رَمْيٍ ليس بعدَه رَمْيٌ في ذلك اليومِ لا يَقِفُ عندَه، وكُلُّ رَمْيٍ بعدَه رَمْيٌ في ذلك اليومِ يَقِفُ عندَه؛ لأنّ النّبيّ ﷺ لم يَقِفْ عندَ جَمْرةِ العقَبةِ، ووَقَفَ عندَ الجمرَتَيْنِ ثمّ الرّمْيُ ماشيًا أفضلُ أو راكِبًا.

فقد رُوِيَ عن أبي يوسفَ أنه فصّلَ في ذلك تفصيلاً، فإنّه حَكَى أنّ إبراهيمَ بنَ الجرَّاحِ دخل على أبي يوسفَ، وهو مريضٌ في المرَضِ الذي ماتَ فيه فسأله أبو يوسفَ فقال:

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ٦٦)، تحفة الفقهاء (١/ ٤٠٨)، فتح القدير مع الهداية (٢/ ٤٨٨، ٤٨٩)، البناية مع الهداية (٤/ ١٣٥، ١٣٦)، مجمع الأنهر (١/ ٢٨٠).

(٢) انظر في مذهب الشافعية: الأم (٢/ ٢١٣)، مختصر المزني ص (٦٨)، حلية العلماء (٣/ ٢٩٣)، المجموع شرح المهذب (٨/ ١٥٤، ١٧٠، ١٧١، ١٨٦) فتح العزيز بذيل المجموع (٧/ ٣٩٧، ٣٩٨).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) سبق تخريجه.

أيُّهما أفضلُ الرَّمْيُ ماشيًا أو راكِبًا؟ فقال: ماشيًا فقال: أخطَأتَ ثمّ قال: راكِبًا فقال: أخطَأتَ، وقال: كُلُّ رَمْيٍ بعدَه رَمْيٌ فالماشي أفضلُ، وكُلُّ رَمْيٍ لا رَمْيَ بعدَه فالرّاكِبُ أفضلُ قال: فخرجْتُ من عندِه فسَمِعتُ النّاعيَ بموتِه قبلَ أنْ أبلُغَ البابَ.

ذكرنا هذه الحِكايةَ ليُعلَمَ أنّه بَلَغَ حِرْصَه في التّعليم حتّى لم يسكُتْ عنه في رمقِه فيُقْتَدَى به في التّحريضِ على التّعليم، وهذا لما ذكرنا أنّ كُلَّ رَمْيٍ بعدَه رَمْيٌ فالسّنّةُ فيه هو الوُقوفُ للدُّعاءِ، والماشي أمكَنُ للوُقوفِ والدُّعاءِ. وكُلُّ رَمْيٍ لا رَمْيَ بعدَه فالسّنّةُ فيه هو الانصِرافُ لا الوُقوفُ، والرّاكِبُ أمكَنُ من الانصِرافِ، فإنْ قِيلَ أليس أنّه رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه رمى راكِبًا، وقال ﷺ: «خُذوا عَنّي مَناسِكَكم لا أدري لَعَلّي لا أحُجُ بعدَ عامي هذا»[1].

فالجوابُ: أنّ ذلك محمولٌ على رَمْيٍ لا رَمْيَ بعدَه أو على التّعليمِ ليَراه النّاسُ فيتعَلّموا منه مَناسِكَ الحجِّ، فإنْ رمى إحدى الجِمارِ بسبعِ حَصَياتٍ جميعًا دَفْعةً واحِدةً فهي عن واحِدةٍ، ويَرْمي سِتَّةً أُخرى؛ لأنّ التّوْقيفَ ورد بتفريقِ الرّمَياتِ فوَجَبَ اعتِبارُه، وهذا بخلافِ الاستنجاءِ أنّه إذا استنجَى بحَجَرٍ واحِدٍ وأنْقاه كفاه، ولا يُراعَى فيه العدَدُ عندَنا؛ لأنّ وُجوبَ الاستنجاءِ [١/ ٢٤٠ب] ثبت معقولاً بمعنى التّطْهيرِ فإذا حَصَلَتِ الطّهارةُ بواحِدٍ اكْتفى به، فأمّا الرّمْيُ فإنّما وجب تَعَبُّدًا محضًا فيُراعَى فيه موردُ التّعبُّدِ، وأنّه ورد بالتّفْريقِ فيقتصِرُ عليه، فإنْ رمى أكثرَ من سبعِ حَصَياتٍ لم تَضُرَّه الزّيادةُ؛ لأنّه أتى بالواجبِ وزيادةٍ.

والسّنّةُ أنْ يَرْميَ بعدَ طُلوعِ الشّمسِ من يومِ النّحْرِ قبلَ الزّوالِ؛ لما رَوَى جابرٌ رضي اللهِ عنه أنّ النّبيّ ﷺ (لم يَرْمِ)[2] يومَ النّحْرِ ضُحًى، ورمى بعدَ ذلك بعدَ الزّوالِ[3]، ولو رمى قبلَ طُلوعِ الشّمسِ بعدَ انفِجارِ الصُّبْحِ أجزَأه خلافًا لسُفْيانَ. والمسألةُ ذكرناها فيما تقدَّمَ، ولا يَرْمي يومَئذٍ غيرَها لما رُوِيَ أنّ النّبيّ ﷺ لم يَرْمِ يومَ النّحْرِ إلاّ جَمْرةَ العقَبةِ، فإذا فرَغَ من هذا الرّمْيِ لا يَقِفُ، ويَنْصَرِفُ إلى رَحْلِه، فإنْ كان منفردًا بالحجِّ يحلِقُ أو يُقَصِّرُ، والحلْقُ أفضلُ لما ذكرنا فيما تقدَّمَ، ولا ذَبْحَ عليه، وإنْ كان قارِنًا أو مُتَمتِّعًا يجبُ عليه أنْ يَذْبَحَ ويحلِقَ ويُقَدِّمَ الذَّبْحَ على الحلْقِ لقوله تعالى: ﴿وَيَذْكُرُواْ ٱسْمَ ٱللَّهِ فِىٓ أَيَّامٍ مَّعْلُومَٰتٍ

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) في المخطوط: «رمى».

(٣) سبق تخريجه من حديث جابر في الحج.

عَلَىٰ مَا رَزَقَهُم مِّنۢ بَهِيمَةِ ٱلْأَنْعَٰمِۖ فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْبَآئِسَ ٱلْفَقِيرَ ثُمَّ لْيَقْضُوا۟ تَفَثَهُمْ﴾ [الحج: ٢٨-٢٩] رتَّبَ قضاءَ التَّفَثِ، وهو الحلْقُ على الذَّبْحِ. ورُوِيَ عن النبيِّ ﷺ أنّه قال: «أوّلُ نُسُكِنا في يومِنا هذا الرّمْيُ ثمّ الذَّبحُ ثمّ الحلقُ»[1].

ورُوِيَ عنه ﷺ أنّه رمى ثمّ ذَبَحَ ثمّ دَعا بالحلاَّقِ[2]، فإنْ حَلَقَ قبلَ الذَّبحِ من غيرِ إحصارٍ فعليه لحَلْقِه قبلَ الذَّبْحِ دَمٌ في قولِ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمّدٌ، وجَماعةٌ من أهلِ العلمِ: أنّه لا شيءَ عليه.

وأجمَعوا على أنّ المُحْصَرَ إذا حَلَقَ قبلَ الذَّبحِ أنّه تجبُ عليه الفِدْيةُ، احتجَّ مَنْ خالفَه بما رُوِيَ عن النبيِّ ﷺ أنّه سُئلَ عن رجلٍ حَلَقَ قبلَ أنْ يَذْبَحَ فقال: «اذْبحْ، ولا حَرَجَ»[3]، ولو كان التّرْتيبُ واجبًا لَكان في تركِه حَرَجٌ.

(ولأبي حنيفةَ): الاستدلال بالمُحْصَرِ إذا حَلَقَ قبلَ الذَّبحِ لأذًى في رأسِه أنّه تَلْزَمُه الفِدْيةُ بالنّصِّ، فالذي يحلِقُ رأسَه بغيرِ أذًى به أولى، ولِهذا قال أبو حنيفةَ بزيادةِ التّغْليظِ في حَقِّ مَنْ حَلَقَ رأسَه قبلَ الذَّبحِ بغيرِ أذًى حيث قال: لا يُجْزِئُه غيرُ الدّمِ، وصاحِبُ الأذى مُخَيّرٌ بين الدّمِ والطّعامِ والصِّيامِ كما خَيّرَه اللَّه تعالى، وهذا هو المعقولُ؛ لأنّ الضّرورةَ سببٌ لتخفيفِ الحكمِ وتَيْسيرِه، فالمعقولُ أنْ يجبَ في حالِ الاختيارِ بذلك السّببِ زيادةُ غِلَظٍ لم يكنْ في حالِ العُذْرِ، فأمّا أنْ يسقُطَ من الأصلِ في غيرِ حالةِ العُذْرِ ويجبَ في حالةِ العُذْرِ فمُمْتَنِعٌ، ولا حُجّةَ لهم في الحديثِ؛ لأنّ قولَه: (لا حَرَجَ) المُرادُ منه الإثمُ لا الكفَّارةُ، وليس من ضرورةِ انتِفاءِ الإثمِ انتِفاءُ الكفَّارةِ. ألا ترى أنّ الكفَّارةَ تجبُ على مَنْ حَلَقَ رأسَه لأذًى به، ولا إثمَ عليه. وكذا يجبُ على الخاطِئ فإذا حَلَقَ الحاجُّ أو قَصّرَ حَلَّ له كُلُّ شيءٍ حَظَرَ عليه الإحرامُ إلاّ النّساءَ عندَ عامّةِ العُلَماءِ لما ذكرنا فيما تقدَّمَ، ثمّ يزورُ البيتَ من يومِه ذلك أو من الغدِ أو بعدَ الغدِ، ولا يُؤَخِّرُها عنها، وأفضلُها أوّلُها، لما رُوِيَ أنّ النّبيّ ﷺ طافَ في أوّلِ أيّامِ النّحْرِ فيطوفُ أُسبوعًا؛ لأنّ النّبيّ ﷺ هكذا طافَ، وعليه عَمَلُ المسلمينَ، ولا يَرْمُلُ في هذا الطّوافِ؛ لأنّه لا سَعيَ عَقيبَه؛ لأنّه قد طافَ طَوافَ اللِّقاءِ، وسَعَى عَقيبَه حتّى لو لم يكنْ طافَ طَوافَ اللِّقاءِ، ولا سَعيَ فإنّه يَرْمُلُ في طَوافِ

(١) سبق تخريجه.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) سبق تخريجه.

الزِّيارةِ، ويسعَى بين الصّفا والمروةِ عَقيبَ طَوافِ الزِّيارةِ.

ولو أخَّرَه عن أيّامِ النّحْرِ فعليه دَمٌ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ: لا شيءَ عليه، والمسألةُ قد مَضتْ، فإذا طافَ طَوافَ الزِّيارةِ كُلَّه أو أكثرَه حَلَّ له النِّساءُ أيضًا؛ لأنّه قد خرج من العِبادةِ، وما بَقيَ عليه شيءٌ من أركانِها.

والأصلُ أنّ في الحجِّ إحلالينِ: الإحلالُ الأوّلُ بالحلْقِ أو بالتّقْصيرِ ويَحِلُّ به كُلُّ شيءٍ إلاَّ النِّساءَ، والإحلالُ الثّاني بطَوافِ الزِّيارةِ، ويَحِلُّ به النِّساءُ أيضًا ثمّ يرجعُ إلى مِنًى، ولا يَبيتُ بمكّةَ، ولا في الطّريقِ، هو السّنّةُ؛ لأنّ النّبيّ ﷺ هكذا فعل، ويُكْرَه أنْ يَبيتَ في غيرِ مِنًى في أيّامِ مِنًى، فإنْ فعل لا شيءَ عليه، ويكونُ مُسيئًا؛ لأنّ البيتوتةَ بها ليستْ بواجبةٍ بل هي سُنّةٌ[١].

وعندَ الشّافعيِّ: يجبُ عليه الدّمُ؛ لأنّها واجبةٌ عندَه[٢]، واحتَجَّ بفعلِ النّبيِّ ﷺ وأفعالِه على الوُجوبِ في [٣] الأصلِ.

(ولَنا): ما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ أرخَصَ للعبّاسِ أنْ يَبيتَ بمكّةَ للسِّقايةِ [٤]، ولو كان ذلك واجبًا لم يكنِ العبَّاسُ يَتْرُكُ الواجبَ لأجلِ السِّقايةِ، ولا كان النّبيُّ ﷺ يُرَخِّصُ له في ذلك، وفعلُ النّبيِّ ﷺ محمولٌ على السّنّةِ تَوْفيقًا بين الدّليلينِ، وإذا باتَ بمِنًى [١/ ٢٤١أ] فإذا كان من الغدِ، وهو اليومُ الأوّلُ من أيّامِ التّشْريقِ والثّاني من أيّامِ الرّمْيِ، فإنّه يَرْمي الجِمارَ الثّلاثَ بعدَ الزّوالِ في ثلاثِ مواضعَ:

أحدُها: (المُسَمَّى بالجمرةِ) [٥] الأُولى، وهي التي تَلي مسجِدَ الخيْفِ، وهو مسجِدُ إبراهيمَ عليه الصلاة والسلام فيَرْمي عندَها سبعَ حَصَياتٍ مثلَ حَصَى الخزَفِ، يُكَبِّرُ مع كُلِّ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٢٨)، مختصر الطحاوي ص (٧٠)، المبسوط (٤/ ٢٤، ٢٥، ٦٧، ٦٨)، تحفة الفقهاء (١/ ٤٠٨)، فتح القدير مع الهداية (٢/ ٥٠١، ٥٠٢)، البناية مع الهداية (٤/ ١٧٥، ١٥٨).

(٢) في بيان مذهب الشافعية قال الشافعي في أحد قوليه: إذا ترك الليالي الثلاثة فعليه دم. وفي القول الآخر: الدم عليه استحباباً. وأما إذا ترك ليلة واحدة ففيها مد في أحد أقواله، وفي القول الآخر ثلث درهم. وفي قول آخر: درهم، انظر: الأم (٢/ ٢١٥)، مختصر المزني ص (٦٩)، حلية العلماء (٣/ ٢٠٣)، المجموع شرح المهذب (٨/ ٢٤٥ - ٢٤٨)، فتح العزيز بذيل المجموع (٧/ ٣٨٧ - ٣٩١).

(٣) في المخطوط: «هو».

(٤) سبق تخريجه.

(٥) في المخطوط: «الجمرة».

حَصاةٍ، فإذا فرَغَ منها يَقِفُ عندَها فيُكَبِّرُ، ويُهَلِّلُ، ويحمَدُ اللَّهَ تعالى، ويُثْني عليه، ويُصلّي على النّبيِّ ﷺ ويسألُ اللَّهَ تعالى حَوائجه، ثمّ يَأتي الجمرةَ الوُسطَى فيَفْعَلُ بها مثلَ ما فعل بالأُولى، ويَرْفَعُ يَدَيْه عندَ الجمرَتَيْنِ بَسطًا ثمّ يَأتي جَمْرةَ العقَبةِ فيَفْعَلُ مثلَ ما فعل بالجمرَتَيْنِ الأُولَيَيْنِ، إلاَّ أنّه لا يَقِفُ للدُّعاءِ بعدَ هذه الجمرةِ، بل يَنْصَرِفُ إلى رَحْلِه لما رُوِيَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ رمى الجِمارَ الثّلاثَ في أيّامِ التّشْريقِ، وابتَدَأ بالتي تَلي (مسجِدَ الخيْفِ) [(١)]، ووَقَفَ عندَ الجمرَتَيْنِ، ولم يَقِفْ عندَ الثّالثةِ. وأمّا رَفْعُ اليدَيْنِ فلِقولِ النّبيِّ ﷺ: «**لا تُرْفَعُ الأيدي إلاَّ في سبعِ مواطِنَ - وذكر من جُمْلَتِها - وعندَ المقامينِ عندَ الجِمرَتَينِ**» [(٢)] فإذا كان اليومُ الثّاني من أيّامِ التّشْريقِ، وهو اليومُ الثّالثُ من أيّامِ الرّمْيِ رمى الجِمارَ الثّلاثَ بعدَ الزّوالِ، ففعل مثلَ ما فعل أمسِ، فإذا رمى فإنْ أرادَ أنْ يَنْفِرَ من مِنًى، ويدخلَ مكّةَ نَفر قبلَ غروبِ الشّمسِ، ولا شيءَ عليه لقوله تعالى: ﴿فَمَن تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة:٢٠٣]، وإنْ أقام ولم يَنْفِرْ حتّى غَرَبَتِ الشّمسُ، يُكْرَه له أنْ يَنفِرَ حتّى (تَطْلُعَ الشّمسُ) [(٣)] من اليومِ الثّالثِ من أيّامِ التّشْريقِ، وهو اليومُ الرّابعُ من أيّامِ الرّمْيِ، ويَرْمي الجِمارَ الثّلاثَ، ولو نَفر قبلَ طُلوعِ الفجرِ لا شيءَ عليه. وقد أساءَ، أمّا الجوازُ فلأنّه نَفر في وقتٍ لم يجبْ فيه الرّمْيُ بعدُ، بدليلِ أنّه لو رمى فيه عن اليومِ الرّابعِ لم يَجز، فجاز [فيه] [(٤)] النّفْرُ كما لو رمى الجِمارَ في الأيّام كُلِّها ثمّ نَفر، وأمّا الإساءةُ فلأنّه ترك السّنّةَ فإذا طَلَعَ الفجرُ من اليومِ الثّالثِ من أيّامِ التّشْريقِ رمى الجِمارَ الثّلاثَ ثمّ يَنْفِرُ، فإنْ نَفر قبلَ الرّمْيِ فعليه دَمٌ؛ لأنّه ترك الواجبَ، وإذا أرادَ أنْ يَنْفِرَ في النّفْرِ الأوّلِ أو في النّفْرِ الثّاني، فإنّه يحمِلُ ثِقلَه معه، ويُكْرَه تقديمُه لما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «**المرءُ من حيث رَحْلُه**». ورُوِيَ: «**المرءُ من حيث أهلُه**» [(٥)]، ولأنّه لو فعل ذلك يَشْتَغِلُ قَلْبُه بذلك، ولا يخلو من ضَرَرٍ.

---

(١) في المخطوط: «المسجد».

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (١١/ ٣٨٥)، (١٢٠٧٢)، وذكره الزيلعي في «نصب الراية» (١/ ٣٨٩)، وقال: ذكره البخاري معلقاً في كتابه المفرد في رفع اليدين ثم قال: قال شعبة: لم يسمع الحكم من مقسم إلا أربعة أحاديث ليس هذا منها فهو مرسل وغير محفوظ لأن أصحاب نافع خالفوا، قلت: والحديث باطل كما في السلسلة الضعيفة (١٠٥٤).

(٣) في المخطوط: «يطلع الفجر». (٤) ليست في المخطوط.

(٥) لم أقف عليه.

وقد رُوِيَ عن عمرَ رضي الله عنه أنّه كان يَضْرِبُ على ذلك. وحُكِيَ عن إبراهيمَ النّخعيّ أنّ عمرَ رضي الله عنه إنّما كان يُضْرِبُ على تقديمِ الثِّقَلِ مَخافةَ السّرِقةِ، ثمّ يَأتي الأبطَحَ، ويُسَمَّى المُحَصّبَ، وهو موضِعٌ بين مِنًى وبين مكّةَ فيَنْزِلُ به ساعةً، فإنّه سُنّةٌ عندَنا لما رُوِيَ عن نافِعٍ عن عبدِ اللّه بنِ عمرَ رضي الله عنهم أنّ النّبيّ ﷺ وأبا بكرٍ وعمرَ وعثمانَ نَزَلوا بالأبطَحِ.

ثمّ يدخلُ مكّةَ فيَطوفُ طَوافَ الصّدْرِ تَوْديعًا للبيتِ، ولِهذا يُسَمَّى طَوافَ الوَداعِ، وأنّه واجبٌ على أهلِ الآفاقِ عندَنا لما ذكرنا فيما تقَدَّمَ فيَطوفُ سبعةَ أشواطٍ لا رملَ فيها؛ لأنّه طَوافٌ لا سَعيَ بعدَه، ويُصلّي ركعتَيْنِ ثمّ يرجعُ إلى أهلِه؛ لأنّه لم يَبْقَ عليه شيءٌ من الأركانِ والواجباتِ، كذا ذكر في الأصلِ.

وذكر الطّحاوِيُّ في مختصَرِه عن أبي حنيفةَ أنّه إذا فرَغَ من طَوافِ الصّدْرِ يَأتي المقام فيُصلّي عندَه ركعتَيْنِ ثمّ يَأتي زَمْزَمَ فيَشْرَبُ من مائها، ويَصُبُّ على وجهِه ورأسِه ثمّ يَأتي المُلْتَزَمَ - وهو ما بين الحجَرِ الأسوَدِ والبابِ- فيَضَعُ صَدْرَه وجَبْهَتَه عليه، ويتشَبَّثُ بأستارِ الكعبةِ، ويدعو ثمّ يرجعُ، وذكر في العُيونِ كذلك، إلاّ أنّه قال في آخِرِه: ويستَلِمُ الحجَرَ، ويُكَبِّرُ ثمّ يرجعُ.

ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ أنّه قال: إنْ دخل البيتَ فحَسَنٌ، وإنْ لم يدخلْ لم يَضُرَّه، ويقولُ عندَ رُجوعِه: آيِبونَ تائبونَ عابِدونَ لرَبِّنا حامِدونَ، صَدَقَ اللّه وعْدَه، ونَصَرَ عبده، وهَزَمَ الأحزابَ وحْدَه، واللّه الموَفِّقُ والمعين.

فصلٌ شرائط أركانه

وأمّا شَرائطُ أركانِه: فمنها: الإسلامُ فإنّه كما هو شرطُ الوُجوبِ، فهو شرطُ جوازِ الأداءِ؛ لأنّ الحجَّ عِبادةٌ، والكافرُ ليس من أهلِ العِبادةِ.

ومنها: العقلُ فلا يجوزُ أداءُ الحجِّ من المجنونِ والصّبيِّ الذي لا يَعقِلُ كما لا يجبُ عليهِما.

فأمّا البُلوغُ والحُرّيّةُ: فليسا من شَرائطِ الجوازِ، فيجوزُ حَجُّ الصّبيِّ العاقِلِ بإذنِ وليِّه، والعبدِ الكبيرِ بإذنِ مولاه لكنّه لا يَقَعُ عن حَجّةِ الإسلامِ لعَدَمِ الوُجوبِ.

[ومنها النية؛ لأن العبادة لا تصح بدون النية لانعدام معناها بدونها وهو الإخلاص] (١).

ومنها: الإحرامُ عندَنا، والكلامُ في الإحرامِ يَقَعُ في مواضعَ:

في بيانِ أنّه شرطٌ، وفي بيانِ ما يَصيرُ به مُحْرِمًا، وفي بيانِ زَمانِ الإحرامِ، وفي بيانِ مكانِه، وفي بيانِ ما يُحْرِمُ [١/ ٢٤١ب] به.

وفي بيانِ حكمِ المُحْرِمِ إذا مُنِعَ عن المُضيِّ في موجَبِ الإحرامِ.

وفي بيانِ ما يحظُرُه الإحرامُ، وما لا يحظُرُه، وفي بيانِ ما يجبُ بفعلِ المحظورِ [وما يتّصل به: بيان ما يحظره الحرم وما لا يحظره، وفي بيان ما يجب بتناول المحظور] (٢) منه.

امّا الأوّل: فالإحرامُ شرطُ جوازِ أداءِ أفعالِ الحجِّ عندَنا(٣)، وعندَ الشّافعيِّ: رُكْنٌ(٤)، وعَنَى به أنّه جزءٌ من أفعالِ الحجِّ، وهو على الاختِلافِ في تحريمَة الصّلاةَ، ويتضَمَّنُ الكلامُ في هذا الفصلِ بيانَ زَمانِ الإحرامِ أنّه جميعُ السّنةِ عندَنا، وعندَه أشهُرُ الحجِّ حتّى يجوزَ الإحرامُ قبلَ أشهُرِ الحجِّ عندَنا، لكنّه يُكْرَه، وعندَه لا يجوزُ رأسًا، ويَنْعَقِدُ إحرامُه للعُمْرةِ لا للحَجَّةِ عندَه، وعندَنا يَنْعَقِدُ للحَجَّةِ.

ووجه البِناءِ على هذا الأصلِ: أنّ الإحرامَ لَمَّا كان شرطًا لجوازِ أداءِ أفعالِ الحجِّ عندَنا جاز وُجودُه قبلَ هُجومِ وقتِ أداءِ الأفعالِ، كما تجوزُ الطّهارةُ قبلَ دخولِ وقتِ الصّلاةِ، ولَمَّا كان رُكْنًا عندَه لم يَجز سابِقًا على وقتِه؛ لأنّ أداءَ أفعالِ العِبادةِ المُؤَقَّتةِ قبلَ وقتِها لا

---

(١) زاد من المخطوط.

(٢) زاد من المخطوط.

(٣) انظر في مذهب الحنفية: تبيين الحقائق (٢/ ٨)، درر الحكام (١/ ٢١٧)، مجمع الأنهر (١/ ٢٦٣)، رد المحتار (٢/ ٤٦٧).

(٤) وفي بيان مذهب الشافعية يقول النووي: «قال أصحابنا: أعمال الحج ثلاثة أقسام - أركان وواجبات وسنن - أما الأركان فخمسة: الإحرام والوقوف وطواف الإفاضة والسعي والحلق، إذا قلنا بالأصح إن الحلق نسك، وإذا قلنا: ليس بنسك فأركانه الأربعة الأولى...» انظر المجموع (٨/ ٢٤٣)، أسنى المطالب (١/ ٥٠٢)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١٦٠)، مغني المحتاج (٢/ ٢٨٥)، فتوحات الوهاب (٢/ ٤٨٨)، التجريد لنفع العبيد (٢/ ١٤١).

يجوزُ [١] كالصّلاةِ وغيرِها، فنَتَكلَّمُ في المسألةِ بناءً وابتِداءً.

أمَّا البِناءُ فوجه قولِ الشّافعيِّ: إنّ الذي أحرم بالحجِّ يُؤْمرُ بإتمامِه، وكذا المُحْرِمُ للصّلاةِ يُؤْمرُ بإتمامِها لا بالابتِداءِ، فلو لم يكنِ الإحرامُ من أفعالِ الحجِّ لأمرَ بالابتِداءِ لا بالإتمامِ، فدَلَّ أنّه رُكْنٌ [إلا أنه ركنٌ] [٢] في نفسِه، وشرطٌ لجوازِ [أداءِ] [٣] ما بَقيَ من الأفعالِ.

(ولنا): أنَّ رُكْنَ الشّيءِ ما يَأخُذُ الاسمَ منه ثمّ قد يكونُ بمعنًى واحِدٍ، كالإمساكِ في بابِ الصّومِ. وقد يكونُ معانيَ مختلِفةً، كالقيامِ والقراءةِ والرّكوعِ والسّجودِ في بابِ الصّلاةِ، والإيجاب والقبولِ في بابِ البيْعِ، ونحوِ ذلك.

وشرطُه: ما يَأخُذُ الاعتِبارَ منه، كالطّهارةِ للصّلاةِ، والشّهادةِ في النّكاحِ، وغيرِ ذلك، والحجُّ يَأخُذُ الاسمَ من الوُقوفِ بعَرَفةَ، وطَوافِ الزِّيارةِ لا من الإحرامِ قال اللّه تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ [مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا] [٤]﴾ [آل عمران:٩٧]، وحِجُّ البيتِ: هو زيارةُ البيتِ على ما مرَّ، وقال النّبيُّ: ﷺ «**الحجُّ عَرَفة**» [٥] أي: الوُقوفُ بعَرَفةَ، ولم يُطْلِقِ اسمَ الحجِّ على الإحرامِ، وإنّما به اعتِبارُ الرّكْنَيْنِ، فكان شرطًا لا رُكْنًا، ولِهذا جعله الشّافعيُّ شرطًا لأداءِ ما بَقيَ من الأفعالِ.

وأمّا قوله: إنّه [٦] يُؤْمرُ بالإتمامِ بعدَ الإحرامِ، مَمْنوعٌ، بل لا يُؤْمرُ به ما لم يُؤَدِّ بعدَ الإحرامِ شيئًا من أفعالِ الحجِّ.

وأمّا الابتِداءُ فالشّافعيُّ احتجَّ بقولِه تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ [البقرة:١٩٧] أي: وقتُ الحجِّ أشهُرٌ معلوماتٌ؛ إذِ الحجُّ نفسُه لا يكونُ أشهُرًا؛ لأنّه فعلٌ، والأشهُرُ أزمِنةٌ فقد عيّنَ اللّه أشهُرًا معلومةً وقتًا للحَجِّ، والحجُّ في عُرْفِ الشّرعِ اسمٌ لجُمْلةٍ من الأفعالِ مع شَرائطِها [٧]: منها الإحرامُ، فلا يجوزُ تقديمُه على وقتِه.

(ولنا): قوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ﴾ [البقرة:١٨٩] ظاهرُ

---

(١) في المخطوط: «تجوز».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) سبق تخريجه.
(٦) في المخطوط: «إنما».
(٧) في المخطوط: «شرائط».

الآيةِ: يقتضي أنْ تكونَ الأشهُرُ كُلُّها وقتًا للحَجِّ فيقتضي جوازَ الإحرامِ بأداءِ أفعالِ الحجِّ في الأوقاتِ كُلِّها إلاَّ أنَّا عَرَفْنا تَعيينَ هذه الأشهُرِ لأداءِ الأفعالِ بدليلٍ آخَرَ، وهو قولُه: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ [البقرة:١٩٧] فيُعملُ بالنّصّيْنِ، فيُحمَلُ ما تَلونا على الإحرامِ الذي هو شرطٌ، ويُحمَلُ ما تَلوتُم على نفسِ الأعمالِ [1] عَمَلاً بالنّصِّ (بالقدرِ المُمْكِنِ) [2]، ولأنّ الحجَّ يختَصُّ بالمكانِ والزّمانِ، ثمّ يجوزُ الإحرامُ من غيرِ مكانِ الحجِّ بالإجماعِ، فيجوزُ في غيرِ زَمانِ الحجِّ إلاَّ أنّه يُكْرَه لما رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه قال: من سُنّةِ الحجِّ أنْ لا يُحْرم بالحجِّ إلاَّ في أشهُرِ الحجِّ، ومُخالِفةُ السّنّةِ مكروهةٌ.

ثمّ اختلفوا في [أنّ] الكراهةَ لأجلِ الوقتِ أم لغيرِه؟

منهم مَنْ قال: الكراهةُ ليستْ لأجلِ الوقتِ، بل لمَخافةِ الوُقوعِ في محظوراتِ الإحرامِ حتّى إنّ مَنْ أمِنَ ذلك لا يُكْرَه له.

ومنهم مَنْ قال: [إنّ] [3] الكراهةَ لنفسِ الوقتِ، فإنّ (ابنَ سِماعةَ) [4] رَوَى عن محمّدٍ أنّه قال: أكرَه الإحرامَ قبلَ الأشهُرِ، ويجوزُ [كما يجوز] [5] إحرامُه وهو لابِسٌ أو جالِسٌ في خَلوقٍ أو طيبٍ، وهذا الإطلاقُ يَدُلُّ على أنّ الكراهةَ لنفسِ الوقتِ، واللّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

فصلٌ [في بيانِ ما يَصِيرُ به مُحْرِمًا]

وأمَّا بيانُ ما يَصيرُ به مُحْرِمًا:

فنقول، وباللّه التّوْفيقُ: لا خلافَ في أنّه إذا نَوَى، وقرنَ النّيّةَ بقولٍ وفعلٍ هو من خَصائصِ الإحرامِ أو دَلائلِه أنّه يَصيرُ مُحْرِمًا بأنْ لَبَّى ناوِيًا به الحجَّ إنْ أرادَ [به] الإفرادَ بالحجِّ أو العُمْرةِ، إنْ [6] أرادَ الإفرادَ بالعُمْرةِ، أو العُمْرةِ والحجِّ، إنْ أرادَ القرانَ؛ لأنّ التّلْبيةَ من خَصائصِ الإحرامِ، وسَواءٌ تَكَلَّمَ بلِسانِه ما نَوَى بقَلْبه أو لا؛ لأنّ النِّيّةَ عَمَلُ القلْبِ لا عَمَلُ اللِّسانِ لكنْ يُستَحَبُّ أنْ يقولَ بلِسانِه ما نَوَى بقَلْبه فيقولُ: اللّهُمَّ إنّي أُريدُ

---

(١) في المخطوط: «الأفعال».
(٢) في المخطوط: «بقدر الإمكان».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «ابن عباس».
(٥) في المطبوع: «ما يجوز».
(٦) في المخطوط: «أو».

كذا فيسِّرْه لي، وتقبَّلْه مِنِّي لما ذكرنا في بيانِ سُنَنِ الحجِّ، وذكرنا التَّلْبيةَ المسنونةَ.

[١/ ٢٤٢أ] ولو ذكر مَكان التَّلْبيةِ التَّهْليلَ أو التَّسبيحَ أو التَّحميدَ أو غيرَ ذلك مِمَّا يُقْصَدُ به تَعظيمُ اللَّه تعالى مقرونًا بالنِّيّةِ يَصيرُ مُحْرِمًا، وهذا على أصلِ أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ في بابِ الصّلاةِ أنّه يَصيرُ شارِعًا في الصّلاةِ بكُلِّ ذِكْرٍ هو ثَناءٌ خالِصٌ للَّه تعالى يُرادُ به تَعظيمُه لا غيرُ، وهو ظاهرُ الرِّوايةِ عن أبي يوسفَ ههنا، وفرَّقَ بين الحجِّ والصّلاةِ.

ورُوِيَ عنه أنّه لا يَصيرُ مُحْرِمًا إلاّ بلَفْظِ التَّلْبيةِ كما لا يَصيرُ شارِعًا في الصّلاةِ إلاّ بلَفْظِ التّكبيرِ فأبو حنيفةَ، ومحمّدٌ مرَّا على أصلِهما أنّ الذِّكْرَ الموضوعَ لافتِتاحِ الصّلاةِ لا يختصُّ بلَفْظٍ دونَ لَفْظٍ ففي بابِ الحجِّ أولى.

ووجه الفرقِ لأبي يوسفَ على ظاهرِ الرِّوايةِ عنه: أنّ بابَ الحجِّ أوسَعُ من بابِ الصّلاةِ، فإنّ أفعالَ الصّلاةِ لا يقومُ بعضُها مَقام بعضٍ، وبعضُ الأفعالِ يقومُ مَقام البعضِ [في الحج] [(١)] كالهدْيِ، فإنّه يقومُ مَقام كثيرٍ من أفعالِ الحجِّ في حَقِّ المُحْصَرِ.

وسَواءٌ كان بالعربيّةِ أو غيرِها، وهو يُحْسِنُ العربيّةَ أو لا يُحْسِنُها، وهذا على أصلِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ في الصّلاةِ ظاهرٌ، وهو ظاهرُ الرِّوايةِ عن محمّدٍ في الحجِّ. ورُوِيَ عنه أنّه لا يَصيرُ مُحْرِمًا إلاّ إذا كان لا يُحْسِنُ العربيّةَ كما في بابِ الصّلاةِ فهما مرَّا على أصلِهما، ومحمّدٌ على ظاهرِ الرِّوايةِ عنه فرَّقَ بين الصّلاةِ والحجِّ.

ووجه الفرقِ له: على نحوِ ما ذكرنا لأبي يوسفَ في المسألةِ الأُولى. وتجوزُ النِّيابةُ في التَّلْبيةِ عندَ العجْزِ بنفسِه [بأمرِه] [(٢)] بلا خلافٍ، حتّى لو توجَّهَ يُريدُ حَجَّةَ الإسلامِ فأُغْمِيَ عليه فلَبَّى عنه أصحابُه. وقد كان أمرَهم بذلك، [حتّى] لو عَجَزَ عنه بنفسِه يجوزُ بالإجماعِ، فإنْ لم يَأمُرْهم بذلك نَصًّا فأهَلُّوا عنه جاز أيضًا في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ لا يجوزُ، فلا خلافَ في أنّه تجوزُ النِّيابةُ في أفعالِ الحجِّ عندَ عَجْزِه عنها بنفسِه من الطّوافِ والسّعيِ والوُقوفِ، حتّى لو طيفَ به وسُعيَ ووُقِفَ جاز بالإجماعِ.

(وجه قولِهما): قوله تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم: ٣٩]، ولم يوجَدْ منه السّعيُ في التَّلْبيةِ؛ لأنّ فعلَ غيرِه لا يكونُ فعلَه حقيقةً، وإنّما يُجْعَلُ فعلاً له تقديرًا بأمرِه،

---

(١) زيادة من المخطوط. (٢) ليست في المخطوط.

ولم يوجَدْ، بخلافِ الطّوافِ ونحوِه فإنّ الفعلَ هناك ليس بشرطٍ، بل الشّرطُ حُصُولُه في ذلك الموضِعِ على ما ذكرنا وقد حَصَلَ، والشّرطُ ههنا هو التّلْبيةُ، وقولُ غيرِه لا يَصيرُ قولاً له إلاَّ بأمرِه ولم يوجَدْ.

ولأبي حنيفةَ: أنّ الأمْرَ ههنا موجودٌ دَلالةً، وهي دَلالةُ عَقْدِ المُرافقةِ؛ لأنّ كُلَّ واحِدٍ من رُفَقائه المُتوجِّهينَ إلى الكعبةِ يكونُ آذِنًا للآخَرِ بإعانَتِه فيما يَعجِزُ عنه من أمرِ الحجِّ، فكان الأمرُ موجودًا دَلالةً. وسَعيُ الإنسانِ جاز أنْ يُجْعَلَ سَعيًا لغيرِه بأمرِه فقلنا بموجَبِ الآيةِ بحَمْدِ اللّه تعالى. ولو قَلَّدَ بَدَنةً يُريدُ به الإحرامَ بالحجِّ أو بالعُمْرةِ أو بهما، وتوجَّهَ معها يَصيرُ مُحْرِمًا لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تُحِلُّوا۟ شَعَٰٓئِرَ ٱللَّهِ وَلَا ٱلشَّهْرَ ٱلْحَرَامَ وَلَا ٱلْهَدْىَ وَلَا ٱلْقَلَٰٓئِدَ﴾ [المائدة:٢] ثمّ ذكر تعالى بعدَه ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَٱصْطَادُوا۟﴾ [المائدة:٢]، والحِلُّ يكونُ بعدَ الإحرامِ، ولم يذكرِ الإحرامَ في الأوّلِ، [وإنّما ذكر التّقْليدَ بقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَلَا ٱلْقَلَٰٓئِدَ﴾ [المائدة:٢]] [(١)] فدَلَّ أنّ التّقْليدَ منهم مع التّوَجُّه كان إحرامًا إلاَّ أنّه زيدَ عليه النِّيّةُ بدليلٍ آخَرَ.

وعن جَماعةٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم منهم عَليٌّ، وابنُ مسعودٍ، وابنُ عمرَ، وجابرٌ رضي الله عنهم أنّهم قالوا: إذا قَلَّدَ فقد أحرم [(٢)].

وكذا رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه قال: إذا قَلَّدَ، وهو يُريدُ الحجَّ أو العُمْرةَ فقد أحرم [(٣)]، ولأنّ التّقْليدَ مع التّوَجُّه من خَصائصِ الإحرامِ، فالنِّيّةُ اقترَنَتْ بما هو من خَصائصِ الإحرامِ فأشبَهَ التّلْبيةَ.

فإنْ قِيلَ: أليس أنّه رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنّها قالتْ: لا يُحْرِمُ إلاَّ مَنْ أَهَلَّ، ولَبَّى فهذا يقتضي أنّه لا يَصيرُ مُحْرِمًا بالتّقْليدِ.

فالجوابُ: أنّ ذلك محمولٌ على ما إذا قَلَّدَ ولم يخرجْ معها (تَوْفيقًا بين الدّلائلِ، وبه نقول: إنّ بمُجَرَّدِ التّقْليدِ لا يَصيرُ مُحْرِمًا على ما) [(٤)] رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنّها

(١) ليست في المخطوط.
(٢) أورده الزيلعي في «نصب الراية»، (٣/ ٩٧)، ولفظه: «عن ابن عمر قال: من قلد فقد أحرم».
(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، (٣/ ١٢٦)، برقم (١٢٦٩٩)، ولفظه: «عن ابن عباس قال: إذا قلد الهدي وصاحبه يريد العمرة أو الحج فقد أحرم».
(٤) في المخطوط: «بدليل أنه».

قالتْ: كان رسولُ اللَّه ﷺ يَبْعَثُ بهَدْيِه، ويُقيمُ فلا يحرُمُ عليه شيءٌ [(١)]، والتَّقْليدُ هو تَعليقُ القِلادةِ على عُنُقِ البدنةِ من عُرْوةِ مُزادةٍ أو شِراكِ نعلٍ من أُدْمٍ أو غيرِ ذلك من الجُلودِ، وإنْ قَلَّدَ ولم يتوجَّهْ ولم يَبْعَثْ على يَدِ غيرِه لم يَصِرْ مُحْرِمًا، وإنْ بَعَثَ على يَدِ غيرِه فكذلك عندَ عامَّةِ العُلَماءِ وعامَّةِ الصَّحابةِ رضي الله عنهم. وعن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنه: أنّه يَصيرُ مُحْرِمًا بنفسِ التَّوْجيه من غيرِ توجُّهٍ، والصَّحيحُ: قولُ عامَّةِ العُلَماءِ لما رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنّها قالتْ: إنّي كُنْتُ لأفتِلُ قَلائدَ بُدْنِ رسولِ اللَّه ﷺ فيَبْعَثُها ويمكُثُ عندَنا حَلالاً بالمدينةِ، لا يَجْتَنِبُ ما يَجْتَنِبُه المُحْرِمُ [(٢)]، ولأنّ التَّوْجيهَ [(٣)] [١/ ٢٤٢ب] من غيرِ توجُّهٍ ليس إلاَّ أمرٌ بالفعلِ فلا يَصيرُ به مُحْرِمًا، كما لو أمرَ غيرَه بالتَّلْبيةِ.

ولو توجَّهَ بنفسِه بعدَ ما قَلَّدَ، وبَعَثَ لا يَصيرُ مُحْرِمًا ما لم يلحَقْها، ويتوجَّه معها فإذا لَحِقَها، وتوجَّهَ معها، عندَ ذلك يَصيرُ مُحْرِمًا إلاَّ في هَدْيِ المُتْعةِ، فإنّ هناك يَصيرُ مُحْرِمًا بنفسِ التَّوَجُّه قبلَ أنْ يلحَقَه.

والقياسُ: أنْ لا يَصيرَ مُحْرِمًا، ثمّ أيضًا ما لم يلحَقْ ويتوجَّهْ معه؛ لأنّ السَّيْرَ بنفسِه بدونِ البدنةِ ليس من خَصائصِ الإحرامِ، [ولا دليلَ أنّه يُريدُ الإحرامَ] [(٤)]، فلا يَصيرُ به مُحْرِمًا إلاَّ أنّا تَرَكْنا القياسَ، واستحسَنّا في هَدْيِ المُتْعةِ لما أنّ للهَدْيِ [(٥)] فضْلَ تَأثيرٍ في البقاءِ على الإحرامِ ما ليس لغيرِه، بدليلِ أنّه لو ساقَ الهدْيَ لا يجوزُ له أنْ يتحَلَّلَ، وإنْ لم يسُقْ جازَ له التّحَلُّلُ، فإذا كان له فضْلُ تَأثيرٍ في البقاءِ على الإحرامِ جاز أنْ يكونَ له تأثيرٌ في الابتِداءِ. وقد قالوا: إنّه يَصيرُ مُحْرِمًا بنفسِ التَّوَجُّه في أثرِ هَدْيِ المُتْعةِ، (وإنْ لم يلحَقِ الهدْيَ إذا كان في أشهُرِ الحجِّ) [(٦)]، فأمَّا في غيرِ أشهُرِ الحجِّ، فلا يَصيرُ مُحْرِمًا حتّى يلحَقَ الهدْيَ؛ لأنّ أحكامَ التَّمَتُّعِ لا تَثْبُتُ قبلَ أشهُرِ الحجِّ، فلا يَصيرُ هذا الهدْيُ للمُتْعةِ قبلَ أشهُرِ الحجِّ فكان هَدْيَ التَّطَوُّعِ.

---

(١) أورده أبو عبد الله في «حاشية ابن القيم»، (٧/ ٣٤٧)، ولفظه: «عن عائشة أن رسول الله ﷺ كان يبعث بهديه ويقيم حلالاً لا يحرم عليه شيء».

(٢) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، (٥/ ٢٣٣)، برقم (٩٩٦٩).

(٣) في المخطوط: «التوجه».

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) في المخطوط: «لهدي المتعة».

(٦) في المخطوط: «إذا كان في أشهر الحج وإن لم يلحق الهدي»

ولو جَلَّلَ البدنةَ ونَوَى الحجَّ لا يَصيرُ مُحْرِمًا، وإنْ توجَّهَ معها؛ لأنّ التّجليلَ ليس من خَصائصِ الحجِّ؛ لأنّه إنّما يَفْعَلُ ذلك لدَفْعِ الحرِّ، والبرْدِ عن البدنةِ أو للتّزْيينِ، ولو قَلَّدَ الشّاةَ [يَنْوِي به الحجَّ] وتوجَّهَ معها لا يَصيرُ مُحْرِمًا، وإنْ نَوَى الإحرامَ؛ لأنّ تقليدَ الغنَم ليس بسُنّةٍ عندَنا فلم يكنْ من دَلائلِ الإحرامِ، فضْلاً عن أنْ يكونَ من خَصائصِه، والدّليلُ على أنّ الغنَمَ لا تُقَلَّدُ قوله تعالى: ﴿وَلَا ٱلۡهَدۡيَ وَلَا ٱلۡقَلَٰٓئِدَ﴾ [المائدة: ٢] عَطَفَ القلائدَ على الهدْيِ، والعطْفُ يقتضي المُغايَرةَ في الأصلِ. واسمُ الهدْيِ يَقَعُ على الغنَمِ والإبِلِ والبقَرِ جميعًا فهذا يَدُلُّ على أنّ الهدْيَ نوعانِ: ما يُقَلَّدُ، وما لا يُقَلَّدُ، ثمّ الإبِلُ والبقَرُ يُقَلَّدانِ بالإجماعِ فتَعَيّنَ أنّ الغنَمَ لا تُقَلَّدُ، ليكونَ عَطْفُ القلائدِ على الهدْيِ عَطْفَ الشّيءِ على غيرِه فيَصِحُّ.

ولو أشعَرَ بَدَنَته، وتوجَّهَ معها لا يَصيرُ مُحْرِمًا؛ لأنّ الإشعارَ مكروهٌ عندَ أبي حنيفةَ؛ لأنّه مُثْلةٌ، وإيلامُ الحيَوانِ من غيرِ ضرورةٍ لحُصُولِ المقصُودِ بالتّقْليدِ، وهو الإعلامُ بكونِ المشعِرِ هَدْيًا لئَلاّ يُتَعَرَّضَ له لو ضَلَّ، والإتيانُ بفعلٍ مكروهٍ لا يصلُحُ (دليلاً للإحرام)[1].

واختلف المشايخُ على قولِ أبي يوسفَ ومحمّدٍ:

قال بعضُهم: إنْ أشعَرَ وتوجَّهَ معها يَصيرُ مُحْرِمًا عندَهما؛ لأنّ الإشعارَ سُنّةٌ عندَهما كالتّقْليدِ فيصلُحُ أنْ يكونَ دليلَ الإحرامِ كالتّقْليدِ.

وقال بعضُهم: لا يَصيرُ مُحْرِمًا عندَهما أيضًا؛ لأنّ الإشعارَ ليس بسُنّةٍ عندَهما، بل هو مُباحٌ فلم يكنْ قربةً، فلا يصلُحُ دليلَ الإحرامِ.

وذكر في «الجامعِ الصّغيرِ» أنّ الإشعارَ عندَهما حَسَنٌ[2]، و [3] لم يُسَمِّه سُنّةً؛ لأنّه من حيث إنّه إكمالٌ لما شُرِعَ له التّقْليدُ، وهو إعلامُ المُقَلَّدِ بأنّه هَدْيٌ لما أنّ تَمامَ الإعلامِ تحصُلُ به سُنّةٌ، ومن حيث إنّه مُثْلةٌ وبِدْعةٌ فتَرَدَّدَ بين السّنّةِ والبِدْعةِ فسَمَّاه حَسَنًا.

---

(١) في المطبوع: «دليل الإحرام».
(٢) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٩٢)، الجامع الصغير ص (١٤٩)، مختصر الطحاوي ص (٧٣)، المبسوط (٤/ ١٣٨)، البناية مع الهداية (٤/ ١٧٨، ١٧٩).
(٣) زاد في المخطوط: «لو».

وعندَ الشّافعي: الإشعار سُنّةٌ[١]، واحتَجَّ بما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ أشعَرَ، والجوابُ: أنّ ذلك كان في الابتِداءِ حينَ كانتِ المثْلةُ مشروعةً، ثمّ لَمَّا نُهي عن المثْلةِ [٢] انتَسَخَ بنَسخِ المُثلةِ، وذلك أنّ النّبيّ ﷺ فعل ذلك قَطْعًا لأيدي المشرِكينَ عن التّعرُّضِ للهَدايا لو ضَلَّتْ؛ لأنّهم (كانوا ما) [٣] يتعَرَّضونَ للهَدايا.

والتّقْليدُ ما كان يَدُلُّ دَلالةً تامّةً أنّها هَدْيٌ، فكان يحتاجُ إلى الإشعارِ ليَعلَموا أنّها هَدْيٌ. وقد زالَ هذا المعنى في زَمانِنا فانتَسَخَ بانتِساخِ المُثلةِ.

ثمّ الإشعارُ هو: الطّعنُ في أسفَلِ السّنامِ، وذلك من قِبَلِ اليسارِ [٤]عندَ أبي يوسفَ، وعندَ الشّافعيِّ من قِبَلِ اليمينِ، وكُلُّ ذلك مروِيٌّ عن النبي ﷺ فإنه كان يدخل بين بعيرين من قبل الرءوس وكان يضرب أولا الذي عن يساره من قبل يسار سنامه ثم يعطف على الآخر فيضربه من قبل يمينه اتفاقا للأول لا قصدا، فصار الطّعنُ على الجانِبِ الأيسَرِ أصليًّا، والآخَرُ اتِّفاقيًّا، بل الاعتِبارُ الأصليُّ أولى، واللّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

هذا الذي ذكرنا في أنّ الإحرامَ لا يَثْبُتُ (بمُجَرَّدِ النّيّةِ) [٥] ما لم يقترِنْ بها قولٌ وفعلٌ هو [٦] من خَصائصِ الإحرامِ أو دَلائلِه، ظاهرُ مذهبِ أصحابِنا.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه يَصيرُ مُحْرِمًا بمُجَرَّدِ النِّيّةِ، وبه أخذ الشّافعيُّ، وهذا يُناقِضُ قولَه: إنّ الإحرامَ رُكْنٌ؛ لأنّه جعل نيّةَ الإحرامِ إحرامًا، والنِّيّةُ ليستْ برُكْنٍ بل هي شرطٌ؛ لأنّها عَزْمٌ على الفعلِ، والعزْمُ على فعلٍ ليس ذلك الفعلَ، بل هو عَقْدٌ على أدائه، وهو أنْ تَعقِدَ قَلْبَكَ عليه أنّكَ فاعِلُه لا مَحالةَ، قال اللّه تعالى: ﴿فَإِذَا عَزَمَ [١/ ٢٤٣أ] ٱلْأَمْرُ﴾ [محمد: ٢١] أي: جَدَّ الأمرُ، وفي الحديثِ: «خَيرُ الأمورِ عَوازِمُها»[٧] أي ما وكَّدْتَ رأيَكَ عليه،

---

(١) مذهب الشافعية: قال في مختصر المزني: وإن كان الهدى بدنة أو بقرة قلدها نعلين وأشعرها وضرب شقها الأيمن من موضع السنام بحديدة حتى يرميها وهي مستقبلة القبلة. انظر: الأم (٢/ ٢١٦)، مختصر المزني ص (٧٣، ٧٤)، حلية العلماء (٣/ ٣١٣)، المجموع شرح المهذب (٨/ ٣٥٧ - ٣٦٠).

(٢) أخرجه البخاري، كتاب: المغازي، باب: قصة عكل وعرينة، برقم (٤١٩٢)، وأبو داود (٤٣٦٤)، والنسائي (٤٠٤٧)، من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٣) في المخطوط: «ما كانوا».

(٤) زاد في المخطوط: «و».

(٥) في المخطوط: «بالنية».

(٦) زاد في المخطوط: «النية».

(٧) ذكره السيوطي في «الجامع» (١٦٠٩)، وقال: رواه ابن أبي شيبة عن ابن مسعود موقوفاً، وهو ضعيف كما في السلسلة الضعيفة (٢٠٥٩).

وقَطَعتَ التَّرَدُّدَ عنه، وكونُه رُكْنًا يُشْعِرُ بكونِه من أفعالِ الحجِّ، فكان تَناقُضًا.

ثمّ جَعلُ الإحرامِ عِبارةً عن مُجَرَّدِ النِّيّةِ مُخالِفٌ للُّغةِ، فإنّ الإحرامَ في اللُّغةِ هو الإهلالُ، يُقالُ: أحرم أي أَهَلَّ بالحجِّ، وهو موافِقٌ لمذهبِنا، أي [1] الإهلالُ لا بُدَّ منه إمَّا بنفسِه أو بما يقومُ مَقامَه على ما بَيّنّا.

والدّليلُ على أنّ الإهلالَ شرطٌ: ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال لعائشةَ رضي الله عنها وقد رَآها حَزينةً: «ما لَكِ؟» فقالتْ: أنا قضَيْتُ عُمْرَتي، وألقاني الحجُّ عارِكًا، فقال النّبيُّ ﷺ: «ذاكَ شيءٌ كتبه اللّه تعالى على بَناتِ آدَمَ حُجّي وقولي [مثلَ] [2] ما يقولُ النّاسُ في حَجِّهم» [3]، فدَلَّ قولُه: «قولي ما يقولُ النّاسُ في حَجِّهم» على لُزومِ التّلْبيةِ؛ لأنّ النّاسَ يقولونَها، وفيه إشارةٌ إلى أنّ إجماعَ المسلمينَ حُجّةٌ يجبُ اتّباعُها حيث أمرَها باتّباعِهم بقولِه: «قولي ما يقولُ النّاسُ [4] في حَجِّهم» [5].

و[رَوَيْنا] [6] عن عائشةَ رضي الله عنها أنّها قالتْ: لا يُحْرِمُ إلاّ مَنْ أَهَلَّ ولَبّى، ولم يُرْوَ عن غيرِها خلافُه فيكونُ إجماعًا، ولأنّ مُجَرَّدَ النِّيّةِ لا عِبْرَةَ به في أحكامِ الشّرعِ عَرَفْنا ذلك بالنّصِّ والمعقولِ.

أمّا النّصُّ: ما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «إنّ اللّهَ تعالى عَفا عن أُمّتي ما تَحَدَّثَتْ به أنفسُهم ما لم يتكلَّموا أو يَفْعَلوا» [7].

---

(١) في المخطوط: «أن». (٢) ليست في المخطوط.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: الحيض، باب تقضي الحائض المناسك، حديث (٣٠٥)، ومسلم في كتاب الحج، باب: بيان وجوه الإحرام، حديث (١٢١١)، وأبو داود (١٧٨٥)، والنسائي (٢٩٠)، وابن ماجه (٢٩٦٣)، وابن حبان (٩/ ١٤٢)، (٣٨٣٤) من حديث عائشة، وفيه «فإن ذلك شيء كتبه الله على بنات آدم فافعلي ما يفعل الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت حتى تطهري».

(٤) في المخطوط: «المسلمون».

(٥) أخرجه مالك، كتاب: الحج، باب: مالا يوجب الإحرام من تقليد الهدي، برقم (٧٦٣)، وأورده الزرقاني في «شرحه»، (٢/ ٣٤٩).

(٦) ليست في المخطوط.

(٧) أخرجه البخاري في كتاب: الطلاق، باب: الطلاق في الإغلاق، حديث (٥٢٦٩)، ومسلم في كتاب: الإيمان، باب: تجاوز الله عن حديث النفس، حديث (١٢٧)، والنسائي (٣٤٣٣)، وابن ماجه (٢٠٤٠)، وابن حبان (١٠/ ١٧٨)، (٤٣٣٤) من حديث أبي هريرة، وفيه «إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم».

وأمّا المعقولُ: فهو أنّ النّيّةَ وُضِعَتْ [١] لتَعيينِ جِهةِ الفعلِ في العِبادةِ، وتَعيينُ المعدومِ [٢] مُحالٌ، ولو أحرم بالحجِّ، ولم يُعَيِّنْ حَجَّةَ الإسلامِ، وعليه حَجَّةُ الإسلامِ، يَقَعُ عن حَجَّةِ الإسلامِ استحسانًا. والقياسُ أنْ لا يَقَعَ عن حَجَّةِ الإسلامِ إلاّ بتَعيينِ النّيّةِ.

(وجه القياسِ): أنّ الوقتَ يقبَلُ الفرضَ والنّفلَ، فلا بُدَّ من التّعيينِ بالنّيّةِ بخلافِ صومِ رمضانَ أنّه يتأدّى بمُطْلَقِ النّيّةِ؛ لأنّ الوقتَ هناك لا يقبَلُ صومًا آخَرَ فلا حاجةَ إلى التّعيينِ بالنّيّةِ، والاستحسانُ أنّ الظّاهرَ من حالِ مَنْ عليه حَجَّةُ الإسلامِ أنّه لا يُريدُ بإحرامِ الحجِّ حَجَّةَ التّطَوُّعِ، ويُبْقي نفسَه في عُهْدةِ الفرضِ فيُحمَلُ على حَجَّةِ الإسلامِ بدلالةِ حالِه، فكان الإطلاقُ فيه تَعيينًا كما في صومِ رمضانَ.

ولو نَوَى التّطَوُّعَ: يَقَعُ عن التّطَوُّعِ؛ لأنّا إنّما أوقَعناه عن الفرضِ عندَ إطلاقِ النّيّةِ بدلالةِ حالِه، والدّلالةُ لا تَعملُ مع النّصِّ بخلافِه، ولو لَبّى يَنْوِي الإحرامَ، ولا نيّةَ له في حَجٍّ، ولا عُمْرةٍ مَضَى [٣] في أيِّهما شاء ما لم يَطُفْ بالبيتِ شوْطًا واحدًا، فإنْ طافَ شوْطًا [واحدًا] [٤] كان إحرامُه عن العُمْرةِ، والأصلُ في انعِقادِ الإحرامِ بالمجهولِ، ما رُوِيَ أنّ عَليًّا، وأبا موسَى الأشعَريّ رضي الله عنهما لَمّا قَدِما من اليمَنِ في حَجّةِ الوَداعِ قال لهما النّبيُّ ﷺ «بماذا أهلَلْتُما؟» فقالا: بإهلالٍ كإهلالِ رسولِ اللّه ﷺ [٥]. فصار هذا أصلاً في انعِقادِ الإحرامِ بالمجهولِ، ولأنّ الإحرامَ شرطُ جوازِ الأداءِ عندَنا، وليس بأداءٍ بل هو عَقْدٌ على الأداءِ، فجاز أنْ يَنْعقِدَ مُجْمَلاً ويَقِفَ على البيانِ.

وإذا انعقد إحرامُه جاز له أنْ يُؤَدِّيَ به حَجَّةً أو عُمْرةً، وله الخيارُ في ذلك، يصرِفُه إلى.

---

(١) في المخطوط: «وجبت». (٢) في المخطوط: «العدم».
(٣) في المخطوط: «بقى». (٤) زيادة من المخطوط.
(٥) **أما إهلال علي**: فأخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: من أهل في زمن النبي ﷺ كإهلال النبي ﷺ، حديث (١٥٥٨)، ومسلم في كتاب: الحج، باب إهلال النبي ﷺ وهديه، حديث (١٢٥٠)، والترمذي (٩٥٦) من حديث أنس، وفيه «أن علياً قدم من اليمن فقال له ﷺ: بم أهللت؟ فقال: أهللت بإهلال النبي ﷺ».
وأما إهلال أبي موسى: فأخرجه البخاري في كتاب الحج، باب: الذبح قبل الحلق، حديث (١٧٢٤)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: في نسخ التحلل من الإحرام، حديث (١٢٢١)، من حديث أبي موسى، وفيه «قال: قدمت على رسول الله ﷺ وهو بالبطحاء فقال: أحججت، قلت: نعم، قال: بِمَ أهللت قلت: لبيك بإهلال كإهلال النبي ﷺ، قال: أحسنت».

أيِّهما شاء ما لم يَطُفْ بالبيتِ شوْطًا [واحِدًا] (١)، فإذا طاف بالبيتِ شوْطًا [واحِدًا] (٢)، كان إحرامُه للعُمْرةِ؛ لأنّ الطّوافَ رُكْنٌ في العُمْرةِ، وطَوافُ اللِّقاءِ في الحجِّ ليس برُكْنٍ، بل هو سُنّةٌ فإيقاعُه عن الرّكْنِ أولى. وتَتَعَيّنُ العُمْرةُ بفعلِه كما تَتَعَيّنُ بقَصْدِه، قال الحاكِمُ في الأصلِ: وكذلك لو لم يَطُفْ حتّى جامع أو أحصَرَ كانت عُمْرةً؛ لأنّ القضاءَ قد لَزِمَه فيجبُ عليه الأقلُّ، إذِ الأقلُّ مُتيَقَّنٌ به، وهو العُمْرةُ، واللهُ أعلَمُ.

فصلٌ

وأمّا بيانُ مكانِ الإحرامِ:

فمكانُ الإحرامِ هو المُسَمّى بالميقات فنحتاجُ إلى بيانِ المواقيتِ، وما يتعلّقُ بها من الأحكامِ فنقول وباللّه التّوْفيقُ:

المواقيتُ تختَلِفُ باختِلافِ النّاسِ. والنّاسُ في حَقِّ المواقيتِ أصنافٌ ثلاثةٌ:

صِنْفٌ منهم يُسَمَّوْنَ أهلَ الآفاقِ، وهم الذينَ مَنازِلُهم خارِجَ المواقيتِ التي وقَّتَ لهم رسولُ اللّه ﷺ وهي خمسةٌ، كذا رُوِيَ في الحديثِ أنّ رسولَ اللّه ﷺ وقَّتَ لأهلِ المدينةِ ذا الحُليفةِ، ولأهلِ (٣) الشّامِ الجُحْفةَ، ولأهلِ نَجْدٍ قَرْنَ، ولأهلِ اليمَنِ يَلملَمَ، ولأهلِ العِراقِ ذاتَ عَرْقٍ، وقال ﷺ: **«هُنّ لأهلِهِنّ ولِمَنْ مرَّ بهنّ من غيرِ أهلِهِنّ مِمّنْ أرادَ الحجَّ أو العُمْرةَ»**(٤).

وصِنْفٌ منهم يُسَمَّوْنَ أهلَ الحِلِّ، وهم الذينَ مَنازِلُهم داخِلَ المواقيتِ الخمسةِ خارِجَ الحرَمِ كأهلِ بُستانِ بَني عامِرٍ وغيرِهم.

وصِنْفٌ منهم [يُسَمَّوْنَ] (٥) أهلَ الحرَمِ، وهم أهلُ مكّةَ.

أمّا الصِّنْفُ الأوّلُ فميقاتُهم ما وقَّتَ لهم رسولُ اللّه ﷺ لا يجوزُ لأحدٍ منهم أنْ يُجاوِزَ

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «وهم».

(٤) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: مهل أهل مكة، حديث (١٥٢٤)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: مواقيت الحج والعمرة، حديث (١١٨١)، والنسائي (٢٦٥٧) من حديث ابن عباس، ومسلم في الكتاب والباب المذكورين، حديث (١١٨٢)، وأبو داود (١٧٣٧)، والنسائي (٢٦٥٥)، من حديث ابن عمر.

(٥) ليست في المخطوط.

ميقاتَه إذا أرادَ الحجَّ أو العُمْرةَ إلاَّ مُحْرِمًا؛ لأنّه لَمَّا وُقِّتَ لهم ذلك فلا بُدَّ [١/ ٢٤٣ب] وأنْ يكونَ الوقتُ مُقَيّدًا، وذلك إمَّا المنْعُ من تقديمِ الإحرامِ عليه، وإمَّا المنْعُ من تَأخيرِه عنه، والأوّلُ ليس بمُرادٍ لإجماعِنا على جوازِ تقديمِ الإحرامِ عليه فتَعَيّنَ الثّاني، وهو المنْعُ من تَأخيرِ الإحرامِ عنه.

ورُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّ رجلاً سأله، وقال: إنّي أحرَمْتُ بعدَ الميقات، فقال له: ارجِع إلى الميقات فلَبِّ، وإلاَّ فلا حَجَّ لَك فإنّي سَمِعتُ رسولَ اللَّه ﷺ يقولُ: «لا يُجاوِزُ أحدٌ الميقاتَ إلاَّ مُحْرِمًا»[١]، وكذلك لو أرادَ بمُجاوَزةِ هذه المواقيتِ دخولَ مكّةَ لا يجوزُ له أنْ يُجاوِزَها إلاَّ مُحْرِمًا، سَواءٌ أرادَ بدخولِ مكّةَ النُّسُكَ من الحجِّ أو العُمْرةِ أو التِّجارةِ أو حاجةٍ أُخرى عندَنا[٢].

وقال الشّافعيُّ: إنْ دخلها للنُّسُكِ وجب عليه الإحرامُ، وإنْ دخلها لحاجةٍ جاز دخولُه من غيرِ إحرامٍ[٣].

(وجه قوله): أنّه تجوزُ السّكْنَى بمكّةَ من غيرِ إحرامٍ فالدُّخولُ[٤] أولى؛ لأنّه دونَ السّكْنَى.

(ولَنا): ما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: **«ألا إنّ مكّةَ حَرامٌ مُنْذُ خَلَقَها اللَّه تعالى لم تَحِلَّ لأحدٍ قبلي، ولا تَحِلُّ لأحدٍ بعدي، وإنّما أُحِلَّتْ لي ساعةً من نَهارٍ، ثمّ عادتْ حَرامًا إلى يومِ القيامةِ»**[٥] الحديثَ. والاستدلالُ به من ثلاثةِ أوجُهٍ:

أحدُها: بقولِه ﷺ: **«ألا إنّ مكّةَ حَرامٌ»**[٦].

---

(١) ذكره ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٢/ ٢٤٣)، برقم (١٠٠٨) وقال: رواه البيهقي من حديثه نحوه موقوفًا على ابن عباس وإسناده جيد ورواه ابن عدي مرفوعاً من وجهين ضعيفين.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٦٥)، الأصل للإمام محمد بن الحسن الشيباني (٢/ ٥١٨، ٥٢٣، ٥٢٤).

(٣) مذهب الشافعية: لا يدخل مكة أحد إلا بإحرام إلا أن من أصحابنا من يرخص للحطابين ومن دخلها بغير إحرام فلا قضاء عليه، انظر: الأم (٢/ ١٤١).

(٤) في المخطوط: «النزول».

(٥) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: لا ينفر صيد الحرم، حديث (١٨٣٣)، والنسائي (٢٨٩٢)، من حديث ابن عباس.

(٦) أخرجه الحاكم في «المستدرك»، (٢/ ٦١)، برقم (٢٣٢٧)، والبيهقي في «الكبرى»، (٦/ ٣٥)، برقم (١٠٩٦٦)، من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

والثاني: بقولِه: «لا تَحِلُّ لأحدٍ بعدي»[١].

والثالث: بقولِه: «ثمّ عادتْ حَرامًا إلى يومِ القيامةِ»[٢] مُطْلَقًا من غيرِ فصلٍ.

ورُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «لا يَحِلُّ دخولُ مكّةَ بغيرِ إحرامٍ»[٣].

ولأنّ هذه بُقْعةٌ شَريفةٌ لها قدرٌ حظٌّ عندَ اللّه تعالى، فالدُّخولُ فيها يقتضي التِزامَ عِبادةٍ إظهارًا لشَرَفِها على سائرِ البِقاعِ، وأهلُ مكّةَ بسُكْناهم فيها جُعِلوا مُعَظِّمينَ لها بقيامِهم بعِمارَتِها وسَدانَتِها وحِفْظِها وحِمايَتِها؛ لذلك أُبيحَ لهم السّكْنَى.

وكُلّما قُدِّمَ الإحرامُ على المواقيتِ هو[٤] أفضلُ[٥]. ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ أنّ ذلك أفضلُ إذا كان يملِكُ نفسَه أنْ يمنَعَها ما يمنَعُ منه الإحرامُ.

وقال الشّافعيُّ[٦]: الإحرامُ من الميقات أفضلُ بناءً على أصلِه أنّ الإحرامَ رُكْنٌ فيكونُ من أفعالِ الحجِّ، ولو كان كما زَعَمَ لَما جاز تقديمُه على الميقات؛ لأنّ أفعالَ الحجِّ لا يجوزُ تقديمُها على أوقاتها، وتقديمُ الإحرامِ على الميقات جائزٌ بالإجماعِ إذا كان في أشهُرِ الحجِّ، والخلافُ في الأفضليّةِ دونَ الجوازِ.

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب: الحج، باب: لا ينفر صيد الحرم، برقم (١٨٣٣)، وأحمد (٢٢٧٩)، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار»، (٣/ ٣٢٨)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. ص ١٥٠

(٣) أخرجه البيهقي في السنن (٥/ ٢٩) بنحوه، وذكره ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٢/ ٢٤٣)، (١٠٠٨)، وقال: رواه البيهقي من حديث ابن عباس بنحوه موقوفاً وإسناده جيد، ورواه ابن عدي مرفوعًا من وجهين ضعيفين، ولفظ البيهقي: «عن أبي الشعثاء أنه رأى ابن عباس يرد من جاوز الميقات غير محرم».

(٤) في المخطوط: «فهو».

(٥) انظر في مذهب الحنفية: تبيين الحقائق (٢/ ٧)، الجوهرة النيرة (١/ ١٥٠)، العناية شرح الهداية (٢/ ٤٢٧)، البحر الرائق (٢/ ٣٤٢)، مجمع الأنهر (١/ ٢٢٦).

(٦) في بيان مذهب الشافعية يقول النووي: «قال أصحابنا: أعيان هذه المواقيت لا تشترط، بل الواجب عينها أو حذوها، قالوا: ويستحب أن يحرم من أول الميقات، وهو الطرف الأبعد من مكة حتى لا يمر بشيء مما يسمى ميقاتًا غير محرم، قال أصحابنا: ولو أحرم من الطرف الأقرب إلى مكة جاز بلا خلاف لحصول الاسم. انظر المجموع (٧/ ٢٠٢)، أسنى المطالب (١/ ٤٦١)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١١٨)، مغني المحتاج (٢/ ٢٢٥)، نهاية المحتاج (٣/ ٢٦٠)، حاشية الجمل (٢/ ٤٠٣)، تحفة الحبيب (٢/ ٤٤٢).

(ولَنا): قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة:١٩٦]. ورُوِيَ عن عَليٍّ، وابنِ مسعودٍ رضي الله عنهما أنّهما قالا: إتمامُهما أنْ تُحْرِمَ بهما من دوَيْرةِ أهلك [١]. ورُوِيَ عن أُمِّ سَلَمةَ رضي الله عنها عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «مَنْ أحرم من المسجِدِ الأقصَى إلى المسجِدِ الحرامِ بحَجٍّ أو عُمْرةٍ غفر اللّه له ما تقدَّمَ من ذَنْبه، وما تأخَّرَ، ووَجَبَتْ له الجنّةُ»[٢].

هذا إذا قَصَدَ مكّةَ من هذه المواقيتِ، فأمَّا إذا قَصَدَها من طَريقٍ غيرِ مسلوكٍ فإنّه يُحْرِمُ إذا بَلَغَ موضِعًا يُحاذي ميقاتًا من هذه المواقيتِ؛ لأنّه إذا حاذَى [ذلك] [٣] الموضِعَ ميقاتًا من المواقيتِ صار في حكمِ الذي يُحاذيه في القربِ من مكّةَ، ولو كان في البحْرِ فصار في موضِعٍ لو كان مَكان البحْرِ برٌّ لم يكنْ له أنْ يُجاوِزَه إلاَّ بإحرامٍ، فإنّه يُحْرِمُ. كذا قال أبو يوسفَ.

ولو حَصَلَ في شيءٍ من هذه المواقيتِ مَنْ ليس من أهلِها فأرادَ الحجَّ أو العُمْرةَ أو دخولَ مكّةَ، فحكمُه حكمُ أهلِ ذلك الميقات الذي حَصَلَ فيه لقولِ النّبيِّ: ﷺ «هُنَّ لأهلِهِنّ [٤]، ولِمَنْ مرَّ بهنّ من غيرِ أهلِهِنّ مِمَّنْ أرادَ الحجَّ أو العُمْرةَ» [٥]. ورُوِيَ عنه عليه الصلاة والسلام أنّه قال: «مَنْ وقَّتْنا له وقتًا فهو له [وقت] [٦] ولِمَنْ مرَّ به من غيرِ أهلِه مِمَّنْ أرادَ الحجَّ أو العُمْرةَ»[٧]، ولأنّه إذا مرَّ به صار من أهلِه فكان حكمُه في المُجاوَزةِ حكمَهم.

ولو جاوَزَ ميقاتًا من هذه المواقيتِ من غيرِ إحرامٍ [ثم صار] [٨] إلى ميقاتٍ آخَرَ جاز

---

(١) أثر علي:
أخرجه البيهقي في «الكبرى»، (٤/ ٣٤١)، برقم (٨٤٨٨)، وابن أبي شيبة في «مصنفه»، (٣/ ١٢٥)، برقم (١٢٦٨٩).
أثر ابن مسعود: لم أقف عليه، وهذا الأثر ضعفه الألباني، انظر السلسلة الضعيفة، (٢١٠).
(٢) أخرجه أبو داود، كتاب المناسك، باب: في المواقيت، حديث (١٧٤١)، والبيهقي في السنن (٥/ ٣٠)، (٨٧٠٨)، والدارقطني (٢/ ٢٨٣)، (٢١٠)، وذكره ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٢/ ٢٣٠)، (٩٧٤) من حديث أم سلمة، وقال: قال البخاري في تاريخه: حديث محمد بن عبد الرحمن بن يحنس في الإحرام من بيت المقدس لا يثبت، قلت: وإسناده ضعيف كما في المشكاة (٢٥٣٢).
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «لهن».
(٥) انظر الحديث القادم
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: مهل أهل مكة، حديث (١٥٢٤)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: مواقيت الحج والعمرة، حديث (١١٨١)، والنسائي (٢٦٥٧)، من حديث ابن عباس، وفيه: «وُقِّت لأهل المدينة ذو الحليفة ولأهل الشام الجحفة ولأهل نجد قرن المنازل ولأهل اليمن يلملم هن لهن ولمن أتى عليهن من غيرهن ممن أراد الحج والعمرة».
(٨) زيادة من المخطوط.

[له]؛ لأنّ الميقاتَ الذي صار إليه صار ميقاتًا له، لما رَوَيْنا من الحديثَيْنِ إلاَّ أنّ المُستَحَبَّ أنْ يُحْرِمَ من الميقات الأوّلِ، هكذا رُوِيَ عن أبي حنيفةَ أنّه قال في غيرِ أهلِ المدينةِ: إذا مرُّوا على المدينةِ فجاوَزوها إلى الجُحْفةِ فلا بَأسَ بذلك، وأحَبُّ [إلَيّ] أنْ يُحْرِموا من ذي الحُليفةِ؛ لأنّهم إذا حَصَلوا في الميقات الأوّلِ لَزِمَهم مُحافَظةُ حُرْمَتِه فيُكْرَه لهم تركُها.

ولو جاوَزَ ميقاتًا من المواقيتِ الخمسةِ يُريدُ الحجَّ أو العُمْرةَ فجاوَزَه بغيرِ إحرامٍ ثمّ عاد قبلَ أنْ يُحْرِمَ وأحرم من الميقات، وجاوَزَه مُحْرِمًا لا يجبُ عليه دمٌ بالإجماعِ؛ لأنّه لَمّا عاد إلى الميقات قبلَ أنْ يُحْرِمَ، وأحرم التَحقَتْ تلك المُجاوَزةُ بالعدَمِ، وصار هذا ابتِداءَ إحرامٍ منه.

ولو أحرم بعدَ ما جاوَزَ الميقاتَ قبلَ أنْ يَعملَ شيئًا من أفعالِ الحجِّ ثمّ عاد إلى الميقات، ولَبّى سَقَطَ عنه الدّمُ، وإنْ لم يُلَبِّ لا [1] يسقُطُ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ، وقال أبو [١/ ٢٤٤أ] يوسفَ، ومحمّدٌ: يسقُطُ، لَبّى أو لم يُلَبِّ، وقال زُفَرُ: لا يسقُطُ لَبّى أو لم يُلَبِّ.

(وجه قولِ زُفر:) أنّ وُجوبَ الدّمِ بجِنايَتِه على الميقات بمُجاوَزَتِه إيّاه من غيرِ إحرامٍ، وجِنايَتُه لا تنعَدِمُ بعَوْدِه، فلا يسقُطُ الدّمُ الذي وجب.

(وجه قولِهما): أنّ حَقَّ الميقات في مُجاوَزَتِه إيّاه مُحْرِمًا، لا في إنْشاءِ الإحرام منه، بدليلِ أنّه لو أحرم من دوَيْرةِ أهلِه، وجاوَزَ الميقاتَ، ولم يُلَبِّ لا شيءَ عليه، فدَلَّ أنّ حَقَّ الميقات في مُجاوَزَتِه إيّاه مُحْرِمًا، لا في إنْشاءِ الإحرامِ منه، وبعدَ ما عاد إليه مُحْرِمًا فقد جاوَزَه مُحْرِمًا، فلا يلزَمُه الدّمُ.

ولأبي حنيفةَ: ما رَوَيْنا عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه قال للّذي أحرم بعدَ الميقات: ارجِع إلى الميقات فلَبِّ، وإلاّ فلا حَجَّ لَكَ أوجب التّلْبيةَ من الميقات فلَزِمَ اعتِبارُها، ولأنّ الفائتَ بالمُجاوَزةِ هو التّلْبيةُ، فلا يَقَعُ تَدارُكُ الفائتِ إلاّ بالتّلْبيةِ، بخلافِ ما إذا أحرم من دوَيْرةِ أهلِه، ثمّ جاوَزَ الميقاتَ من غيرِ إنْشاءِ الإحرامِ؛ لأنّه إذا أحرم من دوَيْرةِ أهلِه صار ذلك (ميقاتًا له) [2]. وقد لَبّى منه فلا يلزَمُه تَلْبيةٌ، وإذا لم يُحْرِم من دوَيْرةِ

(١) في المخطوط: «لم».
(٢) في المخطوط: «ميقاته».

أهلِه كان ميقاتُه المكان الذي تجبُ التّلْبيةُ منه، وهو الميقاتُ المعهودُ.

وما قاله زُفَرُ: إنّ الدّمَ إنّما وجب عليه بجِنايَتِه على الميقات: مُسَلَّمٌ، لكنْ لَمَّا عاد قبلَ دخولِه في أفعالِ الحجِّ فما جَنَى عليه، بل ترك حَقَّه في الحالِ فيحتاجُ إلى التّدارُكِ. وقد تَدارَكَه بالعوْدِ إلى التّلْبيةِ، ولو جاوزَ الميقاتَ بغيرِ إحرامٍ فأحرم ولم يَعُدْ إلى الميقات حتّى طافَ شوْطًا أو شوْطَيْنِ، أو وقَفَ بعَرَفةَ، أو كان إحرامُه بالحجِّ ثمّ عاد إلى الميقات: لا يسقُطُ عنه الدّمُ؛ لأنّه لَمَّا اتَّصَلَ الإحرامُ بأفعالِ الحجِّ تَأَكَّدَ عليه الدّمُ، فلا يسقُطُ بالعوْدِ، ولو عاد إلى ميقاتٍ آخَرَ غيرِ الذي جاوَزَه قبلَ أنْ يَفْعَلَ شيئًا من أفعالِ الحجِّ سَقَطَ عنه الدّمُ، وعَوْدُه إلى هذا الميقات وإلى ميقاتٍ آخَرَ سَواءٌ، وعلى قولِ زُفر لا يسقُطُ على ما ذكرنا.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه فصّلَ في ذلك تفصيلاً فقال: إنْ كان الميقاتُ الذي عاد إليه يُحاذي الميقاتَ الأوّلَ أو أبعَدَ من الحرَمِ يسقُطُ عنه الدّمُ، وإلاّ فلا، والصّحيحُ جوابُ ظاهرِ الرّوايةِ لما ذكرنا أنّ كُلَّ واحِدٍ من هذه المواقيتِ الخمسةِ ميقاتٌ لأهلِه، ولِغيرِ أهلِه بالنّصِّ مُطْلَقًا عن [(١)] اعتِبارِ المُحاذاةِ، ولو لم يَعُدْ إلى الميقات لكنّه أفسد إحرامَه بالجِماعِ قبلَ طَوافِ العُمْرةِ إنْ كان إحرامُه بالعُمْرةِ أو قبلَ الوُقوفِ بعَرَفةَ، إنْ كان إحرامُه بالحجِّ سَقَطَ عنه ذلك الدّمُ؛ لأنّه يجبُ عليه القضاءُ، وانجَبَرَ ذلك كُلُّه بالقضاءِ كمَنْ سَها في صلاتِه ثمّ أفسدها فقضاها أنّه لا يجبُ عليه سُجودُ السّهوِ.

وكذلك إذا فاتَه الحجُّ فإنّه يتحَلَّلُ بالعُمْرةِ، وعليه قضاءُ الحجِّ، وسَقَطَ عنه ذلك الدّمُ عندَ أصحابِنا الثّلاثةِ، وعندَ زُفر لا يسقُطُ، ولو جاوَزَ الميقاتَ يُريدُ دخولَ مكّةَ أو الحرمِ من غيرِ إحرامٍ يلزَمُه إمَّا حَجَّةٌ وإمَّا عُمْرةٌ؛ لأنّ مُجاوَزةَ الميقات على قَصْدِ دخولِ مكّةَ أو الحرَمِ بدونِ الإحرامِ لَمَّا كان حَرامًا كانتِ المُجاوَزةُ التِزامًا للإحرامِ دَلالةً، كأنّه قال: للَّه تعالى عَلَيّ إحرامٌ، ولو قال ذلك يلزَمُه حَجّةٌ أو عُمْرةٌ، كذا إذا فعلَ ما يَدُلُّ على الالتِزامِ كمَنْ شَرَعَ في صلاةِ التّطَوُّعِ ثمّ أفسدها يلزَمُه قضاءُ ركعتَيْنِ، كما إذا قال: للَّه تعالى عَلَيّ أنْ أُصَلِّيَ ركعتَيْنِ.

فإنْ أحرم بالحجِّ أو بالعُمْرةِ قضاءً لما عليه من ذلك لمُجاوَزَتِه الميقاتَ، ولم يرجع إلى الميقات، فعليه دَمٌ؛ لأنّه جَنَى على الميقات لمُجاوَزَتِه [(٢)] إيّاه من غيرِ إحرامٍ، ولم

---

(١) في المخطوط: «من غير».

(٢) في المخطوط: «بمجاوزته».

يتدارَكه فيلزَمُه الدّمُ جَبْرًا، فإنْ أقام بمكّةَ حتّى تَحوّلَتِ السّنةُ ثمّ أحرم يُريدُ قضاءَ ما وجب عليه بدخولِه مكّةَ بغيرِ إحرامٍ، أجزَأه في ذلك ميقاتُ أهلِ مكّةَ في الحجِّ بالحرَمِ، وفي العُمْرةِ بالحِلِّ؛ لأنّه لَمَّا أقام بمكّةَ صار في حكمِ أهلِ مكّةَ فيُجْزِئُه إحرامُه من ميقاتهم، فإنْ كان حينَ دخل مكّةَ عاد في تلك السّنةِ إلى الميقات فأحرم بحَجّةٍ عليه من حَجّةِ الإسلامِ أو حَجّةِ نَذْرٍ أو عُمْرةِ [نَذْرٍ] [1]، سَقَطَ ما وجب عليه لدخولِه مكّةَ بغيرِ إحرامٍ استحسانًا.

(والقياسُ): أنْ لا يسقُطَ إلاّ أنْ يَنْوِيَ ما وجب عليه لدخولِ [2] مكّةَ، وهو قولُ زُفر، ولا خلافَ في أنّه إذا تَحوّلَتِ السّنةُ ثمّ عاد إلى الميقات ثمّ أحرم بحَجّةِ الإسلامِ، أنّه لا يُجْزِئُه عَمَّا لَزِمَه إلاّ بتَعيينِ النّيّةِ.

(وجه القياسِ): أنّه قد وجب عليه حَجّةٌ أو عُمْرةٌ بسببِ المُجاوَزةِ، فلا يسقُطُ عنه بواجبٍ آخَرَ كما لو نَذَرَ بحَجّةٍ أنّه لا تسقُطُ عنه بحَجّةِ الإسلامِ. وكذا لو فعل ذلك بعدَ ما تَحوّلَتِ السّنةُ.

(وجه الاستحسانِ): أنّ لُزومَ الحجّةِ أو العُمْرةِ ثبت تَعظيمًا للبُقْعةِ، والواجبُ عليه تَعظيمُها بمُطْلَقِ الإحرامِ لا بإحرامٍ على حِدةٍ، بدليلِ [١/ ٢٤٤ب] أنّه يجوزُ دخولُها ابتِداءً بإحرامِ حَجّةِ الإسلامِ، فإنّه لو أحرم من الميقات ابتِداءً بحَجّةِ الإسلامِ أجزَأه ذلك عن حَجّةِ الإسلامِ، وعن حُرْمةِ الميقات، وصار كمَنْ دخل المسجِدَ وأدّى فرضَ الوقتِ، قام ذلك مَقام تَحيّةِ المسجِدِ. وكذا لو نَذَرَ أنْ يَعتَكِفَ شهرَ رمضانَ فصامَ رمضانَ مُعتَكِفًا جاز، وقام صومُ رمضانَ مَقامَ الصّومِ الذي هو شرطُ جوازِ الاعتِكافِ، بخلافِ ما إذا تَحوّلَتِ السّنةُ؛ لأنّه لَمَّا لم يقضِ حَقَّ البُقْعةِ حتّى تَحوّلَتِ السّنةُ صار مُفوّتًا حَقَّها فصار ذلك دَيْنًا عليه، وصار أصلاً، ومقصُودًا بنفسِه، فلا يتأدّى بغيرِه كمَنْ نَذَرَ أنْ يَعتَكِفَ شهرَ رمضانَ فلم يَصُم، ولم يَعتَكِفْ حتّى قضَى شهرَ رمضانَ مع الاعتِكافِ جاز، فإنْ صامَ رمضانَ، ولم يَعتَكِفْ فيه حتّى دخل شهرُ رمضانَ القابِلُ فاعتَكَفَ فيه قضاءً عَمَّا عليه لا يجوزُ؛ لأنّ الصّومَ صار أصلاً ومقصُودًا بنفسِه كذا هذا.

وكذلك لو أحرم بعُمْرةٍ مَنْذورةٍ في السّنةِ الثّانيةِ لم يُجْزِه؛ لأنّه يُكْرَه تأخيرُ العُمْرةِ إلى

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «لدخوله».

يومِ [١] النّحْرِ، وأيّامِ التّشريقِ، فإذا صار إلى وقتٍ يُكْرَه تأخيرُ العُمْرةِ إليه صار تأخيرُها كتفويتِها، فإنْ دخل مكّةَ بغيرِ إحرامٍ ثمّ خرج فعاد إلى أهلِه ثمّ عاد إلى مكّةَ فدخلها بغيرِ إحرامٍ، وجب [عليه] [٢] لكُلِّ واحِدٍ من الدُّخولينِ حَجَّةٌ أو عُمْرةٌ؛ لأنّ كُلَّ واحِدٍ من الدُّخولينِ سببُ الوُجوبِ. فإنْ أحرم بحَجَّةِ الإسلامِ جاز عن الدُّخولِ الثّاني إذا كان في سَنَتِه، ولم يَجز عن الدُّخولِ الأوّلِ؛ لأنّ الواجبَ قبلَ الدُّخولِ الثّاني صار دَيْنًا، فلا يسقُطُ إلاّ بتَعيينِ النِّيّةِ.

هذا إذا جاوَزَ أحدَ هذه المواقيتِ الخمسةِ يُريدُ الحجَّ أو العُمْرةَ أو دخولَ مكّةَ أو الحرَمِ بغيرِ إحرامٍ، فأمّا إذا لم يُرِدْ ذلك، وإنّما أرادَ أنْ يأتيَ بُستانَ بَني عامِرٍ أو غيرَه لحاجةٍ فلا شيءَ عليه؛ لأنّ لُزومَ الحجِّ أو العُمْرةِ بالمُجاوَزةِ من غيرِ إحرامٍ لحُرْمةِ الميقات تَعظيمًا للبُقْعةِ وتَمْييزًا لها من بَيْنِ سائرِ البِقاعِ في الشّرَفِ والفضيلةِ، فيَصيرُ مُلْتزِمًا للإحرامِ منه، فإذا لم يُرِدِ البيتَ لم يَصِرْ مُلْتزِمًا للإحرامِ فلا يلزَمُه شيءٌ، فإنْ حَصَلَ في البُستانِ أو ما وراءَه من الحِلِّ ثمّ بَدا له أنْ يدخلَ مكّةَ لحاجةٍ من غيرِ إحرامٍ، فلَه ذلك؛ لأنّه بوُصُولِه إلى أهلِ البُستانِ صار كواحِدٍ من أهلِ البُستانِ، ولأهلِ البُستانِ أنْ يدخلوا مكّةَ لحاجةٍ من غيرِ إحرامٍ فكذا له، وقيلَ: إنّ هذا هو الحيلةُ في إسقاطِ الإحرامِ عن نفسِه.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ: أنّه لا يسقُطُ عنه الإحرامُ، ولا يجوزُ له أنْ يدخلَ مكّةَ بغيرِ إحرامٍ ما لم يُجاوِزِ الميقاتَ بنيّةِ أنْ يُقيمَ بالبُستانِ خمسةَ عشرَ يومًا فصاعِدًا؛ لأنّه لا يَثْبُتُ للبُستانِ حكمُ الوَطَنِ في حَقِّه إلاّ بنيّةِ مُدَّةِ الإقامةِ، وأقلُّ مُدَّةِ الإقامةِ خمسةَ عشرَ يومًا.

وأمّا الصِّنفُ الثّاني: فميقاتُهم للحَجِّ أو العُمْرةِ دوَيْرةُ أهلِهم أو حيث شاءُوا من الحِلِّ الذي بين دوَيْرة أهلِهم وبين الحرَمِ لقولِه عزَّ وجلَّ: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة:١٩٦] رَوَيْنا عن عَليٍّ، وابنِ مسعودٍ رضي الله عنهما أنّهما قالا حينَ سُئلا عن هذه الآيةِ: إتمامُهما أنْ تُحرِمَ بهما من دوَيْرةِ أهلِك، فلا يجوزُ لهم أنْ يُجاوِزوا ميقاتَهم للحَجِّ أو العُمْرةِ إلاّ مُحْرِمينَ، والحِلُّ الذي بين دوَيْرةِ أهلِهم وبين الحرَمِ كشيءٍ واحِدٍ، فيجوزُ إحرامُهم إلى آخِرِ أجزاءِ الحِلِّ كما يجوزُ إحرامُ الآفاقيِّ من دوَيْرةِ أهلِه إلى آخِرِ أجزاءِ ميقاتِه، فلو جاوَزَ

---

(١) في المخطوط: «أيام».
(٢) ليست في المخطوط.

أحدٌ [١] منهم ميقاتَه يُريدُ الحجَّ أو العُمْرةَ فدخل الحرم من غيرِ إحرامٍ فعليه دَمٌ.

ولو عاد إلى الميقات قبلَ أنْ يُحْرِمَ أو بعدَ ما أحرم، فهو على التّفْصيلِ والاتّفاقِ والاختِلافِ الذي ذكرنا في الآفاقيِّ إذا جاوَزَ الميقاتَ بغيرِ إحرامٍ. وكذلك الآفاقيُّ إذا حَصَلَ (في البُستانِ) [٢]، أو المكّيُّ إذا خرج إليه فأرادَ أنْ يَحُجَّ أو يَعتَمِرَ فحكمُه حكمُ أهلِ البُستانِ، وكذلك البُستانيُّ أو المكّيُّ إذا خرج إلى الآفاقِ صار حكمُه حكمَ أهلِ الآفاقِ لا تجوزُ مُجاوَزَتُه ميقاتَ أهلِ الآفاقِ. وهو يُريدُ الحجَّ أو العُمْرةَ إلاّ مُحْرِمًا لما رَوَيْنا من الحديثَيْنِ، ويجوزُ لمَنْ كان من أهلِ هذا الميقات وما بعدَه دخولُ مكّةَ لغيرِ الحجِّ أو العُمْرةِ بغيرِ إحرامٍ عندَنا[٣].

ولا يجوزُ ذلك في أحدِ قولَي الشّافعيِّ[٤]، وذكر في قولِه الثّاني [٥]: إذا تَكَرَّرَ دخولُهم يجبُ عليهم الإحرامُ في كُلِّ سَنةٍ مرّةً، والصّحيحُ: قولُنا، لما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ

(١) في المخطوط: «واحد».
(٢) في المخطوط: «بالبستان».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ١٦٧ - ١٦٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٧)، الجوهرة النيرة (١/ ١٥٠)، فتح القدير (٢/ ٤٢٧)، البحر الرائق (٣/ ٥٣)، مجمع الأنهر (١/ ٢٦٥).
(٤) في بيان مذهب الشافعية يقول النووي: «قال أصحابنا: إذا حج واعتمر حجة الإسلام وعمرته ثم أراد دخول مكة لحاجة لا تتكرر كزيارة أو تجارة أو رسالة، أو كان مكيًّا مسافراً فأراد دخولها عائداً من سفره ونحو ذلك، فهل يلزمه الإحرام بحج أو عمرة؟، فيه طريقان: (أحدهما) أنه مستحب قولاً واحدًا... (وأصحهما) وأشهرهما فيه قولان: (أحدهما) يستحب ولا يجب (والثاني) يجب...، واختلفوا في أصحهما فصحح ابن القاص والمسعودى والبغوي وآخرون الوجوب، وصحح الشيخ أبو حامد وأصحابه والشيخ أبو محمد الجويني والغزالي والأكثرون الاستحباب، وصححه أيضا الرافعي في المحرر، قال البندنيجي: وهو نص الشافعي في عامة كتبه، قال المتولي: وعلى هذه يكره الدخول، بغير إحرام، هذا حكم من لا يتكرر دخوله، (أما) من يتكرر دخوله كالحطاب والحشاش والصياد والسقا ونحوهم (فإن قلنا) فيمن لا يتكرر: لا يلزمه الإحرام فهذا أولى، وإلا فطريقان: (المذهب) أنه لا يلزمه، وبه قطع كثيرون أو الأكثرون (والثاني) فيه وجهان وبعضهم يحكيهما قولين: (أحدهما) يلزمه (والثاني) لا يلزمه. (فإن قلنا): يلزمه فقد أطلقه كثيرون، وممن حكى هذا الخلاف وقيده المحاملي والبندنيجي وآخرون، بأنه في كل سنة مرة، قال المحاملي في المجموع: قال الشافعي في عامة كتبه: يدخلها الحطّاب ونحوه بغير إحرام، قال: وقال في بعض كتبه: يُحرم في عامة كتبه: يدخلها الحطاب ونحوه بغير إحرام، قال: وقال في بعض كتبه: يحرم في كل سنة مرة، لئلا يستهين بالحرم. انظر المجموع (٧/ ١٥ - ١٦)، الأم (٢/ ١٥٤ - ١٥٥)، أسنى المطالب (١/ ٤٧٧)، الغرر البهية (٢/ ٣١٨)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١٣١)، مغني المحتاج (٢/ ٢٤٢)، حاشية الجمل (٢/ ٤٢٦)، التجريد لنفع العبيد (٢/ ١٢١).
(٥) في المطبوع: «الثالث».

أنّه رَخَّصَ للحَطَّابينَ أنْ يدخلوا مكّةَ بغيرِ إحرامٍ[١]، وعادةُ الحطَّابينَ أنّهم لا يتجاوَزونَ [٢] الميقاتَ.

ورُوِيَ عن ابنِ عمرَ رضي الله عنهما أنّه خرج من مكّةَ إلى قَديدٍ، فبَلَغَه خَبَرُ فِتْنةٍ بالمدينةِ، فرجع ودخل مكّةَ بغيرِ إحرامٍ، ولأنّ البُستانَ من تَوابعِ الحرَمِ فيلحَقُ به، ولأنّ مَصالِحَ أهلِ البُستانِ تَتَعَلَّقُ بمكّةَ [١/ ٢٤٥أ] فيحتاجونَ إلى الدُّخولِ في كُلِّ وقتٍ، فلو مُنِعوا من الدُّخولِ إلاَّ بإحرامٍ لَوَقَعوا في الحرَجِ، وأنّه مَنْفيٌّ شرعًا.

وَأَمَّا الصِّنْفُ الثّالثُ فميقاتُهم للحَجِّ: الحرَمُ، وللعُمْرةِ: الحِلُّ، فيُحْرِمُ المكِّيُّ من دوَيْرةِ أهلِه للحَجِّ أو حيث شاء من الحرَمِ، ويُحْرِمُ للعُمْرةِ من الحِلِّ، وهو التّنعيمُ أو غيرُه.

أمَّا الحجُّ فلِقولِه تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة:١٩٦]. ورَوَيْنا عن عَليٍّ وابنِ مسعودٍ رضي الله عنهما أنّهما قالا: إتمامُهما أنْ تُحْرِمَ بهما من دوَيْرةِ أهلك [٣] إلاَّ أنّ العُمْرةَ صارتْ مخصُوصةً في حَقِّ أهلِ الحرَمِ فبقيَ الحجُّ مُرادًا في حَقِّهم [٤].

ورُوِيَ: أنّ رسولَ اللَّه ﷺ لَمَّا أمرَ أصحابَه بفَسخِ إحرامِ الحجِّ بعَمَلِ العُمْرةِ أمرَهم يومَ التّرْويةِ أنْ يُحْرِموا بالحجِّ من المسجِدِ، وفَسخِ إحرامِ الحجِّ بعَمَلِ العُمْرةِ، وإنْ (نُسِخَ فالإحرامُ) [٥] من المسجِدِ لم يُنْسَخ. وإنْ شاء أحرم من الأبطَحِ أو حيث شاء من الحرَمِ لكنْ من المسجِدِ أولى؛ لأنّ الإحرامَ عِبادةٌ، وإتيانُ العِبادةِ في المسجِدِ أولى كالصّلاةِ.

وأمَّا الإفاضة: فلِما رُوِيَ «**أنّ رسولَ اللَّه ﷺ لَمَّا أرادَ الإفاضةَ من مكّةَ دخل على عائشةَ رضي الله عنها وهي تَبْكي فقالتْ: أكُلُّ نِسائكَ يرجعنَ بنُسُكَينِ، وأنا أرجِعُ بنُسُكٍ واحِدٍ فأمرَ أخاها عبد الرّحمَنِ بنَ أبي بكرٍ الصديق رضي الله عنه أنْ (يَعتَمِرَ بها)** [٦] **من التّنعيم**»[٧]، ولأنّ

---

(١) لم أجده مرفوعاً، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٢٠٩)، حديث (١٣٥١٧) عن ابن عباس قال: «لا يدخل مكة بغير إحرام إلا الحطابين والعمالين وأهل منافعها»، وقال الحافظ في التلخيص (٢/ ٢٤٣): «وفيه طلحة بن عمرو وفيه ضعف».

(٢) في المخطوط: «يجاوزون».

(٣) سبق تخريجه.

(٤) في المخطوط: «قولهم».

(٥) في المخطوط: «فسخ فالأمر بالإحرام».

(٦) في المخطوط: «يعمرها».

(٧) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: التمتع والإقران والإفراد بالحج، حديث (١٥٦١)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: بيان وجوه الإحرام، حديث (١٢١١)، وأبو داود (١٧٨٢)، والنسائي (٢٨٠٣)، من حديث عائشة رضي الله عنها.

من شَأنِ الإحرام أنْ يَجْتَمِعَ في أفعالِه الحِلُّ والحُرُمُ، فلو أحرم المكِّيُّ بالعُمْرةِ من مكّةَ، وأفعالُ العُمْرةِ تُؤَدَّى بمكّةَ لم يَجْتَمِع في أفعالِها الحِلُّ والحرَمُ، بل يَجْتَمِعُ كُلُّ أفعالِها في الحرَمِ، وهذا خلافُ عَمَلِ الإحرامِ في الشّرعِ.

والأفضلُ أنْ يُحْرِمَ من التنْعيمِ؛ لأنّ رسولَ اللّه ﷺ أحرم منه. وكذا أصحابُه رضي الله عنهم كانوا يُحْرِمونَ لعُمْرَتِهم منه، وكذلك مَنْ حَصَلَ في الحرَمِ من غيرِ أهلِه فأرادَ الحجَّ أو العُمْرةَ فحكمُه حكمُ أهلِ الحرَمِ؛ لأنّه صار منهم فإذا أرادَ أنْ يُحْرِمَ للحَجِّ أحرم من دوَيْرةِ أهلِه أو حيث شاء من الحرَمِ، وإذا أرادَ أنْ يُحْرِمَ بالعُمْرةِ يخرجُ إلى التّنْعيمِ، ويُهِلُّ بالعُمْرةِ في الحِلِّ، ولو ترك المكِّيُّ ميقاتَه فأحرم للحَجِّ من الحِلِّ وللعُمْرةِ من الحرَمِ يجبُ عليه الدّمُ، إلاَّ إذا عاد، وجَدَّدَ التّلْبيةَ أو لم يُجَدِّدْ على التّفْصيلِ والاختِلافِ الذي ذكرنا في الآفاقيِّ، ولو خرج من الحرَمِ إلى الحِلِّ ولم يُجاوِزِ الميقاتَ ثمّ أرادَ أنْ يَعودَ إلى مكّةَ، له أنْ يَعودَ إليها من غيرِ إحرامٍ؛ لأنّ أهلَ مكّةَ يحتاجونَ إلى الخروجِ إلى الحِلِّ للاحتِطابِ والاحتِشاشِ والعوْدِ إليها، فلو ألزَمْناهم الإحرامَ عندَ كُلِّ خُروجٍ لوَقَعوا في الحرَجِ.

فصلٌ [في بيان ما يحرم به]

وأمّا بيانُ ما يُحْرَمُ به: فما يُحْرَمُ به في الأصلِ ثلاثةُ أنواعٍ: الحجُّ وحْدَه، والعُمْرةُ وحْدَها، (والعُمْرةُ مع الحجِّ) [١]، وعلى حَسَبِ تَنَوُّعِ المُحْرَمِ به يتنَوّعُ المُحْرِمونَ، وهُم [٢] في الأصلِ أنواعٌ ثلاثةٌ: مُفْرِدٌ بالحجِّ، ومُفْرِدٌ بالعُمْرةِ، وجامعٌ بينهما.

فالمُفْرِدُ بالحجِّ هو الذي يُحْرِمُ بالحجِّ لا غيرُ، والمُفْرِدُ بالعُمْرةِ هو الذي يُحْرِمُ بالعُمْرةِ لا غيرُ. وأمّا الجامعُ بينهما فنوعانِ: قارِنٌ، ومُتَمَتِّعٌ، فلا بُدَّ من بيانِ معنى القارِنِ والمُتَمَتِّعِ في عُرْفِ الشّرعِ، وبيانِ ما يجبُ عليهما بسببِ القرانِ والتّمتُّعِ، وبيانِ الأفضلِ من أنواعِ ما يُحْرَمُ به: أنّه الإفرادُ أو القرانُ أو التّمتُّعُ.

أمّا القارِنُ في عُرْفِ الشّرعِ: فهو اسمٌ لآفاقيٍّ يَجْمَعُ بين إحرامِ العُمْرةِ وإحرام الحجِّ قبلَ وُجودِ رُكْنِ العُمْرةِ، وهو الطّوافُ [كُلُّه] [٣] أو أكثرُه، فيَأتي بالعُمْرةِ أوّلاً ثمّ يَأتي بالحجِّ

---

(١) في المخطوط: «الحج مع العمرة». (٢) في المخطوط: «أنهم».
(٣) ليست في المخطوط.

قبلَ أنْ يَحِلَّ من العُمْرةِ بالحلْقِ أو التقْصيرِ، سَواءٌ جَمع بين الإحرامَيْنِ بكَلامٍ موصُولٍ أو مفصُولٍ، حتّى لو أحرم بالعُمْرةِ ثمّ أحرم بالحجِّ بعدَ ذلك قبلَ الطّوافِ للعُمْرةِ أو أكثرِه كان قارِنًا لوُجودِ معنى القرانِ، وهو الجمعُ بين الإحرامَيْنِ وشرطِه، ولو كان إحرامُه للحَجِّ بعدَ طَوافِ العُمْرةِ أو أكثرِه لا يكونُ قارِنًا، بل يكونُ مُتمَتِّعًا لوُجودِ معنى التمَتُّعِ، وهو أنْ يكونَ إحرامُه بالحجِّ بعدَ وُجودِ رُكْنِ العُمْرةِ كُلِّه وهو الطّوافُ سبعةُ أشواطٍ، أو أكثرِه وهو أربعةُ أشواطٍ على ما نذكرُ في تفسيرِ المُتمَتِّعِ إنْ شاء اللّه تعالى.

وكذلك لو أحرم بالحجَّةِ أوّلاً ثمّ بعدَ ذلك أحرم بالعُمْرةِ يكونُ قارِنًا لإتيانِه بمعنى القرانِ، إلاّ أنّه يُكرَه له ذلك؛ لأنّه مُخالَفةُ السّنّةِ؛ إذِ السّنّةُ تقديمُ إحرامِ العُمْرةِ على إحرامِ الحجِّ [1]. ألا ترى (أنّه يُقدِّمُ) [2] العُمْرةَ على الحجَّةِ في الفعلِ فكذا في القولِ، ثمّ إذا فعل ذلك يُنْظَرُ [3]، إنْ أحرم بالعُمْرةِ قبلَ أنْ يَطوفَ لحَجَّتِه عليه أنْ يَطوفَ أوّلاً لعُمْرَتِه ويسعَى لها ثمّ يَطوفَ لحَجَّتِه ويسعَى لها مُراعاةً للتَّرْتيبِ في الفعلِ، فإنْ لم يَطُفْ للعُمْرةِ، ومَضَى إلى عَرَفاتٍ، ووَقَفَ بها صار رافِضًا لعُمْرَتِه؛ لأنّ العُمْرةَ تحتمِلُ الارتِفاضَ لأجلِ الحجَّةِ في الجُمْلةِ، لما رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنّها قَدِمَتْ مكّةَ مُعتَمِرةً فحاضَتْ، فقال لها النّبيُّ ﷺ: «ارفُضي عُمرَتَكِ، وأهِلّي بالحجِّ، واصْنَعي [١/ ٢٤٥ب] في حَجَّتِكِ ما يصنَعُ الحاجُّ [4]»[5]، وههنا وُجِدَ دليلُ الارتِفاضِ، وهو الوُقوفُ بعَرَفةَ؛ لأنّه اشتِغالٌ بالرّكْنِ الأصليِّ للحَجِّ فيتضمَّنُ ارتِفاضَ العُمْرةِ ضرورةً، لفَواتِ التّرْتيبِ في الفعلِ.

وهل يَرْتفِضُ بنفسِ التّوَجُّه إلى عَرَفاتٍ؟، ذكر في «الجامعِ الصّغيرِ» أنّه لا يَرْتفِضُ. وذكر في كتابِ المناسِكِ فيه القياسَ والاستحسانَ، فقال: القياسُ أنْ يَرْتفِضَ، وفي الاستحسانِ لا يَرْتفِضُ، عَنَى به القياسَ على أصلِ أبي حنيفةَ في بابِ الصّلاةِ فيمَنْ صلّى الظّهرَ يومَ الجُمُعةِ في منزِلِه ثمّ خرج إلى الجُمُعةِ أنّه يَرْتفِضُ ظُهْرُه عندَه، كذا ههنا ينبغي

---

(١) في المخطوط: «الحجة».
(٢) في المخطوط: «أن تقديم».
(٣) في المخطوط: «ننظر».
(٤) في المخطوط: «الناس».
(٥) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: كيف تهل الحائض، حديث (١٥٥٦)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: بيان وجوه الإحرام، حديث (١٢١١)، وأبو داود (١٧٨١)، والنسائي (٢٧٦٤)، وابن حبان (٩/ ١٠٢)، (٣٧٩٢) من حديث عائشة رضي الله عنها، وفيه: «انقضي رأسك وامتشطي وأهلي بالحج ودعي العمرة ففعلت فلما قضينا الحج أرسلني النبي ﷺ مع عبد الرحمن بن أبي بكر إلى التنعيم فاعتمرت».

أنْ ترتفِضَ عُمْرَتُه بالقياسِ على ذلك إلاَّ أنّه استحسَنَ وقال: لا يَرْتفِضُ ما لم يَقِفْ بعَرَفاتٍ، وفرَّقَ بين العُمْرةِ وبين الصّلاةِ.

(ووجه الفرق): له أنّ السّعيَ إلى الجُمُعةِ من ضروراتِ أداءِ الجُمُعةِ، وأداءُ الجُمُعةِ يُنافي بَقاءَ الظّهرِ فكذا ما هو من ضروراتِه إذِ الثّابِتُ ضرورةً شيءٌ مُلْحَقٌ به، وههنا التّوَجُّه إلى عَرَفاتٍ وإنْ كان من ضروراتِ الوُقوفِ بها، لكنّ الوُقوفَ لا يُنافي بَقاءَ العُمْرةِ صحيحةً، فإنّ عُمْرةَ القارِنِ والمُتمَتِّعِ تَبْقَى صحيحةً مع الوُقوفِ بعَرَفةَ، وإنّما الحاجةُ ههنا إلى مُراعاةِ التّرْتيبِ في الأفعالِ، فما لم توجَدْ أركانُ الحجِّ قبلَ أركانِ العُمْرةِ لا يوجَدُ فواتُ التّرْتيبِ، وذلك هو الوُقوفُ بعَرَفةَ، فأمّا التّوَجُّه فليس برُكْنٍ، فلا يوجِبُ فواتَ [1] التّرْتيبِ في الأفعالِ.

وإنْ كان طافَ للحَجِّ ثمّ أحرم بالعُمْرةِ فالمُستَحَبُّ له أنْ يَرْفُضَ عُمْرَتَه لمُخالَفَتِه السّنّةَ في الفعلِ، إذِ السّنّةُ هي تقديمُ أفعالِ العُمْرةِ على أفعالِ الحجِّ، فإذا ترك التّقْديمَ فقد تَحَقَّقَتِ البِدْعةُ فيُستَحَبُّ له أنْ يَرْفُضَ لكنْ لا يُؤْمرُ بذلك حَتْمًا؛ لأنّ المُؤَدَّى من أفعالِ الحجِّ، وهو طَوافُ اللّقاءِ ليس برُكْنٍ، ولو مَضَى عليها أجزَأه؛ لأنّه أتَى بأصلِ النُّسُكِ، وإنّما [2] ترك السّنّةَ بتركِ التّرْتيبِ في الفعلِ، وإنّه يوجِبُ الإساءةَ دونَ الفسادِ، وعليه دَمُ القرانِ؛ لأنّه قارِنٌ لجَمْعِه بين إحرامِ الحجّةِ [3] والعُمْرةِ، والقرانُ جائزٌ مشروعٌ، ولو رفضَها يقضيها؛ لأنّها لَزِمَتْه بالشُّروعِ فيها، وعليه دَمٌ لرَفْضِها؛ لأنّ رَفْضَ العُمْرةِ فسخٌ للإحرامِ بها، وأنّه أعظَمُ من إدخالِ النّقْصِ في الإحرامِ، وذا [4] يوجِبُ الدّمَ فهذا أولى، واللّه تعالى أعلمُ.

وَ[أمّا] [5] المُتَمَتِّعُ في عُرْفِ الشّرعِ: فهو اسمٌ لآفاقيٍّ يُحرِمُ بالعُمْرةِ، ويأتي بأفعالِها من الطّوافِ والسّعيِ، أو يأتي بأكثرِ رُكْنِها. وهو الطّوافُ أربعةَ أشواطٍ أو أكثرَ في أشهُرِ الحجِّ، ثمّ يُحْرِمُ بالحجِّ في أشهُرِ الحجِّ، ويَحُجُّ من عامِه ذلك قبلَ أنْ يُلِمَّ بأهلِه فيما بين ذلك إلمامًا صحيحًا، فيحصُلَ له النُّسُكانِ في سَفَرٍ واحِدٍ، سَواءٌ حَلَّ من إحرامِ العُمْرةِ

---

(١) في المخطوط: «فواته».
(٢) في المخطوط: «فإنما».
(٣) في المخطوط: «الحج».
(٤) في المخطوط: «وأنه».
(٥) ليست في المخطوط.

بالحلْقِ أو التقْصيرِ، أو لم يَحِلَّ، إذا كان ساقَ الهدْيَ لمُتْعَتِه فإنّه لا يجوزُ التّحلُّلُ بينهما. ويُحْرِمُ بالحجِّ قبلَ أنْ يَحِلَّ من إحرامِ العُمْرةِ، وهذا عندَنا. وقال الشّافعيُّ: سَوْقُ الهدْيِ لا يمنَعُ من التّحلُّلِ فصار المُتَمَتِّعُ نوعَيْنِ: مُتَمَتِّعٌ لم يسُقِ الهدْيَ، ومُتَمَتِّعٌ ساقَ الهدْيَ فالذي لم يسُقِ الهدْيَ يجوزُ له التّحلُّلُ إذا فرَغَ من أفعالِ العُمْرةِ بلا خلافٍ، وإذا تَحَلَّلَ صار حَلالاً كسائرِ المُتَحَلِّلينَ إلى أنْ يُحْرِمَ بالحجِّ؛ لأنّه إذا تَحَلَّلَ من العُمْرةِ فقد خرج منها، ولم يَبْقَ عليه شيءٌ فيُقيمُ بمكّةَ حَلالاً أي لا يُلِمُّ بأهلِه؛ لأنّ الإلمامَ بالأهلِ يُفْسِدُ التّمَتُّعَ. وأمّا الذي ساقَ الهدْيَ: فإنّه لا يَحِلُّ له التّحلُّلُ إلاّ يومَ النّحْرِ بعدَ الفراغِ من الحجِّ عندَنا[1]، وعندَ الشّافعيِّ: يَحِلُّ له التّحلُّلُ[2]، وسَوْقُ[3] الهدْيِ لا يمنَعُ من التّحلُّلِ، والصّحيحُ قولُنا لما رُوِيَ عن أنَسٍ رضي الله عنه أنّ النّبيّ ﷺ لمّا قَدِمَ مكّةَ أمرَ أصحابَه أنْ يحلِقوا إلاّ مَنْ كان معه الهدْيُ.

وفي حديثِ أسماءَ أنّ النّبيّ ﷺ قال: «مَن كان معه هَدْيٌ فلْيَقُم على إحرامِه ومَنْ لم يكنْ معه هَدْيٌ فلْيحلِقْ»[4]. ورُوِيَ «أنّه لَمّا أمرَ أصحابَه أنْ يحلِقوا قالوا له: إنّكَ لم تَحِلَّ، فقال: «إنّي سُقْتُ الهديَ فلا أَحِلُّ من إحرامي إلى يومِ النّحْرِ»[5]. وقال ﷺ: «لو استقبلْتُ من أمري ما استَدْبَرْتُ لَما[6] سُقْتُ الهديَ وتَحَلَّلْتُ كما أحَلُّوا»[7] فقد أخبر النّبيُّ ﷺ أنّ الذي

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي ص (٧٤)، تحفة الفقهاء (١/ ٤١١)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٩، ١٠)، مجمع الأنهر (١/ ٢٩٠).

(٢) ومذهب الشافعية: إذا فرغ المتمتع من أفعال العمرة تحلل ساق الهدى أو لم يسق، انظر: حلية العلماء (٣/ ٢٢٦، ٢٢٧)، المجموع (٧/ ١٨٠، ١٨١).

(٣) في المخطوط: «وسوقه».

(٤) أخرجه مسلم في كتاب: الحج، باب: ما يلزم من طاف بالبيت، حديث (١٢٣٦)، والنسائي (٢٩٩٢)، وابن ماجه (٢٩٨٣)، والبيهقي في السنن (٤/ ٣٣٩)، (٨٤٧١)، والطبراني في الكبير (٢٤/ ١٣٠)، (٣٥٤) من حديث أسماء بنت أبي بكر، وفيه «من كان معه هدي فليقم على إحرامه ومن لم يكن معه هدي فليحلل».

(٥) صحيح: أخرجه النسائي، كتاب: مناسك الحج، باب: الحج بغير نية، برقم (٢٧٤٥)، من حديث البراء بن عازب رضي الله عنه، وانظر صحيح النسائي.

(٦) في المخطوط: «ما».

(٧) أخرجه البخاري في كتاب: التمني، باب: قول النبي ﷺ لو استقبلت من أمري ما استدبرت، حديث (٧٢٢٩)، وأبو داود (١٧٨٤)، وابن حبان (٩/ ٢٤٨)، (٣٩٤١) من حديث عائشة، وأخرجه النسائي (٢٧١٢)، وأحمد، (١٤٥٢٦) من حديث جابر بن عبد الله.

مَنَعَه من الحِلِّ سَوْقُ [١] الهدْيِ، ولأنّ لسَوْقِ الهدْيِ أثرًا في الإحرامِ حتّى يَصيرَ به داخِلاً في الإحرامِ، فجاز أنْ يكونَ له أثرٌ في حالِ البقاءِ حتّى يمنعَ من التّحلُّلِ.

وسَواءٌ كان إحرامُه للعُمْرةِ في أشهُرِ الحجِّ أو قبلَها عندَنا، بعدَ أنْ يَأتيَ بأفعالِ العُمْرةِ أو رُكْنِها أو بأكثرِ الرّكْنِ في الأشهُرِ أنّه يكونُ مُتَمَتِّعًا. وعندَ الشّافعيِّ شرطُ كونِه مُتَمَتِّعًا: الإحرامُ بالعُمْرةِ [٢] في الأشهُرِ، حتّى لو أحرم [للعمرة] قبلَ الأشهُرِ لا يكونُ مُتَمَتِّعًا، وإنْ أتَى بأفعالِها في الأشهُرِ، والكلامُ فيه بناءً على أصلٍ قد ذكرناه فيما تقَدَّمَ، وهو أنّ الإحرامَ عندَه رُكْنٌ فكان من أفعالِ العُمْرةِ [١/ ٢٤٦أ]، فلا بُدَّ من وُجودِ أفعالِ العُمْرةِ في أشهُرِ الحجِّ، ولم يوجَدْ بل وُجِدَ بعضُها في [٣] الأشهُرِ. وعندَنا ليس برُكْنٍ، بل هو شرطٌ فتوجَدُ أفعالُ العُمْرةِ في الأشهُرِ فيكونُ مُتَمَتِّعًا.

وليس لأهلِ مكّةَ، ولا لأهلِ داخِلِ المواقيتِ التي بينها وبين مكّةَ: قرانٌ ولا تَمَتُّعٌ[٤]. وقال الشّافعيُّ: يَصِحُّ قرانُهم وتَمَتُّعُهم[٥].

(وجه قوله): قوله تعالى: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ [البقرة:١٩٦] من غيرِ فصلٍ بين أهلِ مكّةَ وغيرِهم.

(ولنا): قوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ لِمَن لَّمْ يَكُنْ أَهْلُهُۥ حَاضِرِي ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ﴾ [البقرة:١٩٦] جعل التّمَتُّعَ لمَنْ لم يكنْ أهلُه حاضِري المسجدِ الحرام على الخصُوصِ؛ لأنّ اللّامَ للاختِصاصِ ثمّ حاضِرو المسجِدِ [الحرام] [٦] هم أهلُ مكّةَ وأهلُ الحِلِّ الذين مَنازِلُهم داخِلُ المواقيتِ الخمسةِ. وقال مالِكٌ: هم أهلُ مكّةَ خاصّةً؛ (لأنّ معنى الحُضورِ لهم[٧]) [٨].

---

(١) في المخطوط: «سوقه». (٢) في المخطوط: «للعمرة».
(٣) في المخطوط: «قبل».
(٤) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٥٢٠، ٥٣٣)، مختصر الطحاوي ص (٦٠)، المبسوط (٤/ ١٦٩)، تحفة الفقهاء (١/ ٤١١، ٤١٢)، أحكام القرآن للجصاص (١/ ٢٨٧، ٢٨٨).
(٥) مذهب الشافعية: يصح للمكّي التمتع والقران ولا يكرهان له ولا يلزمه دم، انظر: حلية العلماء (٣/ ٢٢٧، ٢٢٨)، المجموع (٧/ ١٦٩، ١٧٠).
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «لأنه إذا كان من توابع مكة، ولا فلا».
(٨) مذهب المالكية مثل قول الشافعية، وقال في المدونة: من تمتع من أهل مكة في أشهر الحج أو قرن فلا هدي عليه، انظر المدونة (١/ ٣٠٠، ٣٠٣)، الرسالة الفقهية ص (١٨١)، الكافي لابن عبد البر (١/ ٣٨٢، ٣٨٥، ٣٨٦).

وقال الشّافعيُّ: هم أهلُ مكّةَ. ومَنْ كان بينه وبين مكّةَ مَسافةٌ لا تُقْصَرُ فيها الصّلاةُ؛ (لأنّه إذا كان كذلك كان من تَوابعِ مكّةَ، وإلاّ فلا) [١].

والصّحيحُ قولُنا؛ لأنّ الذينَ هم داخِلَ المواقيتِ [الخمسةِ] [٢] مَنازِلُهم من تَوابعِ مكّةَ، بدليلِ أنّه يَحِلُّ لهم أنْ يدخلوا مكّةَ لحاجةٍ بغيرِ إحرامٍ، فكانوا في حكمِ حاضِري المسجِدِ الحرامِ.

ورُوِيَ عن ابنِ عمرَ رضي الله عنه أنّه قال: ليس لأهلِ مكّةَ تَمَتُّعٌ، ولا قرانٌ، ولأنّ دخولَ العُمْرةِ في أشهُرِ الحجِّ ثبت رُخصةً لقوله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾ [البقرة:١٩٧] قِيلَ في بعضِ وُجوه التّأوِيلِ: أي للحَجِّ أشهُرٌ معلوماتٌ، واللاّمُ للاختِصاصِ فيقتضي اختِصاصَ هذه الأشهُرِ بالحجِّ، وذلك بأنْ لا يدخلَ فيها غيرُه إلاّ أنّ العُمْرةَ دخلتْ فيها رُخصةٌ للآفاقيِّ ضرورةَ تَعَذُّرِ إنْشاءِ السّفَرِ للعُمْرةِ نَظَرًا له بإسقاطِ (أحدِ السّفريْنِ) [٣]، وهذا المعنى لا يوجَدُ في حَقِّ أهلِ مكّةَ. ومَنْ بمعناهم فلم تَكُنِ العُمْرةُ مشروعةً في أشهُرِ الحجِّ في حَقِّهم. وكذا رُوِيَ عن ذلك الصّحابيِّ أنّه قال: كُنّا نَعُدُّ العُمْرةَ في أشهُرِ الحجِّ من أكبَرِ الكبائرِ ثمّ رُخِّصَ، والثّابِتُ بطَريقِ الرّخصةِ يكونُ ثابِتًا بطَريقِ الضّرورةِ، والضّرورةُ في حَقِّ أهلِ الآفاقِ لا في حَقِّ أهلِ مكّةَ على ما بَيّنّا، فبَقيَتِ العُمْرةُ في أشهُرِ الحجِّ في حَقِّهم معصيةً، ولأنّ من شرطِ التّمَتُّعِ أنْ تحصُلَ العُمْرةُ والحجُّ للمُتَمَتِّعِ في أشهُرِ الحجِّ من غيرِ أنْ يُلِمَّ بأهلِه فيما بينهما. وهذا لا يتحَقَّقُ في حَقِّ المكِّيِّ؛ لأنّه يُلِمُّ بأهلِه فيما بينهما لا مَحالةَ فلم يوجَدْ شرطُ التّمَتُّعِ في حَقِّه.

ولو جَمع المكِّيُّ بين العُمْرةِ والحجِّ في أشهُرِ الحجِّ فعليه دَمٌ، لكنْ دَمُ كفّارةِ الذّنْبِ لا دَمُ نُسُكٍ، شُكْرًا للنِّعمةِ عندَنا حتّى لا يُباحَ له أنْ يَأكُلَ منه، ولا يقومُ الصّومُ مَقامه إذا كان مُعسِرًا، وعندَه [هو] دَمُ نُسُكٍ، يجوزُ له أنْ يَأكُلَ منه، ويقومُ الصّومُ مَقامه إذا لم يَجِدِ الهدْيَ.

ولو أحرم الآفاقيُّ بالعُمْرةِ قبلَ أشهُرِ الحجِّ فدخل مكّةَ مُحرِمًا بالعُمْرةِ، وهو يُريدُ التّمَتُّعَ

---

(١) في المخطوط: «لأن معنى الحضور لهم».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «إحدى السفرتين».

فينبغي أنْ يُقيمَ مُحْرِمًا حتّى تَدْخُلَ أشهُرُ الحجِّ فيَأتيَ بأفعالِ العُمْرةِ، ثمّ يُحْرِمَ بالحجِّ ويَحُجَّ من عامِه ذلك فيكونَ مُتَمَتِّعًا، فإنْ أتَى بأفعالِ العُمْرةِ أو بأكثرِها قبلَ أشهُرِ الحجِّ ثمّ دخل أشهُرُ الحجِّ فأحرم بالحجِّ وحَجَّ من عامِه ذلك، لم يكنْ مُتَمَتِّعًا؛ لأنّه لم يُتمَّ [له] الحجُّ والعُمْرةُ في أشهُرِ الحجِّ.

ولو أحرم بعُمْرةٍ أُخرى بعدَ ما دخل أشهُرُ الحجِّ لم يكنْ مُتَمَتِّعًا في قولِهم جميعًا؛ لأنّه صار في حكمِ أهلِ مكّةَ بدليلِ أنّه صار ميقاتُهم ميقاتَه، فلا يَصِحُّ له التّمَتُّعُ إلاّ أنْ يَعودَ [إلى أهلِه ثمّ يَعودَ] (١) إلى مكّةَ مُحْرِمًا بالعُمْرةِ في قولِ أبي حنيفةَ.

وفي قولِهما: إلاّ أنْ يَعودَ إلى أهلِه أو إلى موضِعٍ يكونُ لأهلِه التّمَتُّعُ والقرانُ على ما نذكرُ.

ولو أحرم مَنْ لا تَمَتُّعَ له من المكّيِّ ونحوِه بعُمْرةٍ، ثمّ أحرم بحَجّةٍ يلزمُه رَفْضُ أحدِهما؛ لأنّ الجمعَ بينهما معصيةٌ، والنُّزوعُ عن المعصيةِ لازِمٌ ثمّ يُنْظَرُ إنْ أحرم بعُمْرةٍ ثمّ أحرم بحَجّةٍ قبلَ أنْ يَطوفَ لعُمْرَتِه رأسًا فإنّه يَرْفُضُ العُمْرةَ؛ لأنّها أقَلُّ عَمَلاً، والحجُّ أكثرُ عَمَلاً فكانتِ العُمْرةُ أخَفَّ مُؤْنةً من الحجّةِ فكان رَفْضُها أيسَرَ، ولأنّ المعصيةَ حَصَلَتْ بسببِها؛ لأنّها هي التي دخلتْ في وقتِ الحجِّ فكانتْ أولى بالرّفْضِ، ويمضي على حَجّتِه، وعليه لرَفْضِ عُمْرَتِه دَمٌ، وعليه قضاءُ العُمْرةِ لما نذكرُ.

وإنْ كان طافَ لعُمْرَتِه جميعَ الطّوافِ أو أكثرَه لا يَرْفُضُ العُمْرةَ، بل يَرْفُضُ (الحجَّ) (٢)؛ لأنّ العُمْرةَ مُؤدّاةٌ، والحجَّ غيرُ مُؤدّى فكان رَفْضُ الحجِّ امتِناعًا عن الأداءِ، ورَفْضُ العُمْرةِ إبطالاً للعَمَلِ، والامتِناعُ عن العملِ دونَ إبطالِ العمل فكان أولى.

وإنْ كان طافَ لها شوْطًا أو شوْطَيْنِ أو ثلاثةً يَرْفُضُ الحجَّ في قولِ أبي حنيفةَ، وفي قولِ أبي يوسفَ، ومحمّدٍ يَرْفُضُ العُمْرةَ.

(وجه قولِهما): أنّ [رَفْضَ] العُمْرةِ أدنَى وأخَفُّ مُؤْنةً، ألا ترى أنّها سُمّيَتِ الحجّةَ الصُّغْرى فكانتْ أولى بالرّفْضِ، ولا عِبْرةَ بالقدرِ المُؤدّى منها؛ لأنّه أقَلُّ، والأكثرُ غيرُ مُؤدّى، والأقَلُّ بمُقابَلةِ الأكثرِ مُلْحَقٌ بالعدَمِ فكأنّه لم يُؤَدِّ شيئًا منها، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «العمرة بحجةٍ».

ولأبي حنيفةَ: أنّ رَفْضَ الحجَّةِ امتِناعٌ [١/ ٢٤٦ب] من العملِ، ورَفْضَ العُمْرةِ إبطالٌ للعَمَلِ، والامتِناعُ دونَ الإبطالِ فكان أولى.

وبيانُ ذلك أنّه لم يوجَدْ للحَجِّ عَمَلٌ؛ لأنّه لم يوجَدْ له إلاَّ الإحرامُ، وأنّه ليس من الأداءِ في شيءٍ؛ لأنّه شرطٌ وليس برُكْنٍ عندَنا على ما بيّنّا فيما تقدَّمَ، فلا يكونُ رَفْضُ الحجِّ إبطالاً للعَمَلِ بل يكونُ امتِناعًا، فأمّا العُمْرةُ فقد أدّى منها شيئًا وإنْ قَلَّ، وكان رَفْضُها إبطالاً لذلك القدرِ من العملِ، فكان الامتِناعُ أولى لما قلنا، وإذا رفضَ (الحجَّةَ عنه)[١] فعليه لرَفْضِها دَمٌ، وقضاءُ حَجَّةٍ، وعُمْرةٍ، وإذا رفضَ العُمْرةَ عندَهما فعليه لرَفْضِها دَمٌ [وقضاءُ عُمْرةٍ.

والأصلُ في جِنْسِ هذه المسائلِ أنّ كُلَّ مَنْ لَزِمَه رَفْضُ عُمْرةٍ فرفضَها، فعليه لرَفْضِها دَمٌ][٢]؛ لأنّه تَحَلَّلَ منها قبلَ وقتِ التّحَلُّلِ، فيلزَمُه الدّمُ كالمُحصَرِ، وعليه عُمْرةٌ مكانُها قضاءً؛ لأنّها قد وجبتْ عليه بالشُّروعِ، فإذا أفسدها يقضيها. وكُلُّ مَنْ لَزِمَه رَفْضُ حَجَّةٍ فرفضَها فعليه لرَفْضِها دَمٌ، وعليه حَجَّةٌ وعُمْرةٌ، أمّا لُزومُ الدّمِ لرَفْضِها فلِما ذكرنا في العُمْرةِ. وأمّا لُزومُ الحجَّةِ والعُمْرةِ، فأمّا الحجَّةُ فلِوُجوبِها بالشُّروعِ، وأمّا العُمْرةُ فلِعَدَمِ إتيانِه (بأفعالِ الحجَّةِ)[٣] في السّنةِ التي أحرم فيها فصار كفائتِ الحجِّ، فيلزَمُه العُمْرةُ كما يلزَمُ فائتُ الحجِّ.

فإنْ أحرم بالحجَّةِ من سَنَتِه فلا عُمْرةَ عليه، وكُلُّ مَنْ لَزِمَه رَفْضُ أحدِهما فمَضَى فيها فعليه دَمٌ؛ لأنّ الجمعَ بينهما معصيةٌ فقد أدخلَ النّقْصَ في أحدِهما فيلزَمُه دَمٌ، لكنّه يكونُ دَمَ كفّارةٍ لا دَمَ مُتْعةٍ، حتّى لا يجوزَ [له] أنْ يأكُلَ [منه]، ولا يُجْزِئُه الصّومُ إنْ كان مُعسِرًا.

ومِمّا يَتَّصِلُ بهذه المسائلِ ما إذا أحرم بحَجَّتَيْنِ مَعًا أو بعُمْرَتَيْنِ مَعًا، قال أبو حنيفةَ وأبو يوسفَ: لَزِمَتاه جميعًا[٤]. وقال محمّدٌ: لا يلزَمُه إلاَّ إحداهما، وبه أخذ الشّافعيُّ[٥].

---

(١) في المخطوط: «العمرة عنده».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «بالحجة».
(٤) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ١١٥، ١١٦).
(٥) مذهب الشافعية: ينعقد إحرامه بحجتين أو عمرتين معاً أو بعمرتين ومتى يصير رافضاً. انظر: الأم (٢/ ١٣٦، ١٣٧)، مختصر المزني ص (٧٠)، حلية العلماء (٣/ ٢٣٧، ٢٣٨)، المجموع شرح المهذب (٧/ ١٤٣، ٢٣١).

وجه قولِ محمّدٍ: أنّه [إذا] [١] أحرم بعِبادَتَيْنِ لا يُمْكِنُه المُضيُّ فيهما جميعًا، فلا يَنْعَقِدُ إحرامُه بهما جميعًا، كما لو أحرم بصلاتَيْنِ أو صومَيْنِ، بخلافِ ما إذا أحرم بحَجَّةٍ وعُمْرةٍ؛ لأنّ المُضيّ فيهما مُمْكِنٌ فيَصِحُّ إحرامُه بهما كما لو نَوَى صومًا وصلاةً، ولأبي حنيفةَ وأبي يوسفَ أنّه أحرم بما يقدِرُ عليه في وقتَيْنِ، فيَصِحُّ إحرامُه كما لو أحرم بحَجَّةٍ وعُمْرةٍ مَعًا.

وثَمرةُ هذا الاختِلافِ تَظْهَرُ في وُجوبِ الجزاءِ، [إذا قَتَلَ صَيْدًا] عندَهما يجبُ جَزاءَانِ لانعِقادِ الإحرامِ بهما جميعًا. وعندَه يجبُ جَزاءٌ واحِدٌ لانعِقادِ الإحرامِ بإحداهما.

ثمّ اختلف أبو حنيفةَ وأبو يوسفَ في وقتِ ارتِفاضِ إحداهما عندَ أبي يوسفَ يَرْتفِضُ عَقيبَ الإحرامِ بلا فصلٍ.

وعن أبي حنيفةَ روايتانِ: في الرِّوايةِ المشهورةِ عنه يَرْتفِضُ إذا قَصَدَ مكّةَ، وفي روايةٍ لا يَرْتفِضُ حتّى يَبْتَدِئَ بالطّوافِ.

ولو أحرم الآفاقيُّ بالعُمْرةِ فأدّاها [في أشهُرِ الحجِّ] وفرغَ منها، وحَلَّ من عُمْرَتِه، ثمّ عاد إلى أهله حَلالاً، ثمّ رجع إلى مكّةَ وأحرم بالحجِّ، وحَجَّ من عامِه ذلك: لم يكنْ مُتَمَتِّعًا حتّى لا يلزَمَه الهدْيُ بل يكونُ مُفْرِدًا بعُمْرةٍ، ومُفْرَدًا بحَجَّةٍ؛ لأنّه ألَمَّ بأهلِه بين الإحرامَيْنِ إلمامًا صحيحًا، وهذا يمنَعُ التّمَتُّعَ [٢].

وقال الشّافعيُّ [٣]: لا أعرِفُ الإلمامَ.

ونحنُ نقول: إنْ كُنْتَ لا تَعرِفُ معناه لُغةً فمعناه في اللُّغةِ: القربُ، [يُقالُ]: ألَمَّ به أي قَرُبَ منه.

وإنْ كُنْتَ لا تَعرِفُ حكمَه شرعًا، فحكمُه أنْ يمنَعَ التّمَتُّعَ لما رُوِيَ عن عمرَ، وابنِ عمرَ: رضي الله عنهما أنّ المُتَمَتِّعَ إذا أقام بمكّةَ صَحَّ تَمَتُّعُه، وإنْ عاد إلى أهلِه بَطَلَ تَمَتُّعُه وكذا رُوِيَ عن جَماعةٍ من التّابِعينَ مثلَ سَعيدِ بنِ المُسَيَّبِ، وسَعيدِ بنِ جُبَيْرٍ، وإبراهيمَ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٣٩٩)، مختصر اختلاف العلماء (٢/ ١٦٧).
(٣) مذهب الشافعية الميقات قال: إذا رجع إلى الميقات سقط عنه دم المتعة. انظر: المهذب مع المجموع (١/ ٢٠٨).

النّخَعيّ، وطاوُسٍ، وعَطاءٍ رضي الله عنهم أنّهم قالوا كذلك، ومثلُ هذا لا يُعرَفُ رأيًا واجتِهادًا، فالظّاهرُ [هو] [١] سَماعُهم ذلك عن رسولِ اللَّه ﷺ.

ولأنّ التّمَتُّعَ في حَقِّ الآفاقيِّ ثبت رُخصةً ليَجْمع بين النُّسُكَيْنِ، ويَصِلَ أحدَهما بالآخَرِ في سَفَرٍ واحِدٍ من غيرِ أنْ يتخَلَّلَ بينهما ما يُنافي النُّسُكَ، وهو الارتِفاقُ، ولَمَّا ألَمَّ بأهلِه فقد حَصَلَ له مُرافِقُ الوَطَنِ فبَطَلَ الاتِّصالُ، واللَّه تعالى أعلمُ.

ولو رجع إلى مكّةَ بعُمْرةٍ أُخرى، وحَجَّ كان مُتَمَتِّعًا؛ لأنّ حكمَ العُمْرةِ الأُولى قد سَقَطَ بإلمامِه بأهلِه فيتعلَّقُ الحكمُ بالثّانيةِ، وقد جَمع بينهما وبين الحجَّةِ في أشهُرِ الحجِّ من غيرِ إلمامٍ فكان مُتَمَتِّعًا. ولو كان إلمامُه بأهلِه بعدَ ما طافَ لعُمْرَتِه قبلَ أنْ يحلِقَ أو يُقَصِّرَ، ثمّ حَجَّ من عامِه ذلك قبلَ أنْ يَحِلَّ من العُمْرةِ في أهلِه فهو مُتَمَتِّعٌ؛ لأنّ العوْدَ مُستَحَقٌّ عليه لأجلِ الحلْقِ؛ لأنّ [عند] [٢] مَنْ جعل الحرم شرطًا لجوازِ الحلْقِ - وهو أبو حنيفةَ ومحمّدٌ - لا بُدَّ من العوْدِ، وعندَ مَنْ لم يجعلْه شرطًا، وهو أبو يوسفَ كان العوْدُ مُستَحَبًّا إنْ لم يكنْ مُستَحَقًّا.

وَأمَّا الإلمامُ الفاسِدُ الذي لا يمنَعُ صِحَّةَ التّمَتُّعِ فهو أنْ يسوقَ الهدْيَ، فإذا فرَغَ من العُمْرةِ عاد إلى وطَنِه فلا يَبْطُلُ تَمَتُّعُه في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، حتّى لو عاد إلى مكّةَ فأحرم بالحجِّ وحَجَّ من عامِه ذلك، كان مُتَمَتِّعًا في قولِهما. وعندَ [٣] محمّدٍ يَبْطُلُ تَمَتُّعُه حتّى لو حَجَّ من عامِه ذلك (لم يكنْ) [٤] مُتَمَتِّعًا.

وجه قولِ محمّدٍ: أنّ [١/ ٢٤٧أ] المانِعَ من صِحَّةِ التّمَتُّعِ وهو الإلمامُ بالأهلِ وقدِ وُجِدَ، والعوْدُ غيرُ مُستَحَقٍّ عليه بدليلِ أنّه لو بَدا له من التّمَتُّعِ جاز له ذَبْحُ الهدْيِ ههنا، وإذا لم يُستَحَقَّ عليه العوْدُ صار كأنْ لم يسُقِ الهدْيَ. ولو لم يسُقِ الهدْيَ يَبْطُلُ تَمَتُّعُه كذا هذا.

(ولهما): أنّ العوْدَ مُستَحَقٌّ عليه ما دامَ على نيّةِ التّمَتُّعِ فيمنَعُ صِحَّةَ الإلمامِ، فلا يَبْطُلُ تَمَتُّعُه كالقارِنِ إذا عاد إلى أهلِه ثمّ ما ذكرنا من بُطْلانِ التّمَتُّعِ بالإلمامِ الصّحيحِ إذا عاد إلى أهلِه.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «في قول».
(٤) في المخطوط: «لا يكون».

فأمَّا إذا عاد إلى غيرِ أهلِه بأنْ خرج من الميقات ولَحِقَ بموضِعٍ لأهلِه القرانُ والتّمتُّعُ كالبصْرةِ مَثلاً أو نحوِها، واتَّخذَ هناك دارًا أو لم يَتَّخِذْ، توطَّنَ بها أو لم يتوطَّنْ ثمّ عاد إلى مكّةَ، وحَجَّ من عامِه ذلك، فهل يكونُ مُتمَتِّعًا؟.

ذكر في «الجامعِ الصّغيرِ» أنّه يكونُ مُتمَتِّعًا، ولم يذكرِ الخلافَ.

وذكر القاضي أيضًا أنّه يكونُ مُتمَتِّعًا في قولِهم. وذكر الطّحاوِيُّ أنّه يكونُ مُتمَتِّعًا في قولِ أبي حنيفةَ، وهذا وما إذا أقام بمكّةَ ولم يَبْرَحْ منها سَواءٌ.

وأمَّا في قولِ أبي يوسفَ، ومحمّدٍ فلا يكونُ مُتمَتِّعًا، ولُحوقُه بموضِعٍ لأهلِه التّمتُّعُ والقرانُ، ولُحوقُه بأهلِه سَواءٌ.

(وجه قولِهما): أنّه لَمَّا جاوزَ الميقاتَ، ووَصَلَ إلى موضِعٍ لأهلِه التّمتُّعُ والقرانُ فقد بَطَلَ حكمُ السّفَرِ الأوّلِ، وخرج من أنْ يكونَ من أهلِ مكّةَ لوُجودِ إنْشاءِ سَفَرٍ آخَرَ، فلا يكونُ مُتمَتِّعًا كما لو رجع إلى أهلِه، ولأبي حنيفةَ أنّ وُصولَه إلى موضِعٍ لأهلِه القرانُ والتّمتُّعُ لا يُبْطِلُ السّفر الأوّلَ، ما لم يَعُدْ إلى منزِلِه؛ لأنّ المُسافرَ ما دامَ يتردَّدُ في سَفَرِه يُعَدُّ ذلك كُلُّه منه سَفَرًا واحِدًا ما لم يَعُدْ إلى منزِلِه، ولم يَعُدْ ههنا فكان السّفَرُ الأوّلُ قائمًا فصار كأنّه[1] لم يَبْرَحْ من مكّةَ فيكونُ مُتمَتِّعًا، ويلزَمُه هَدْيُ المُتْعةِ.

ولو أحرم بالعُمْرةِ في أشهُرِ الحجِّ ثمّ أفسدها وأتَمَّها على الفسادِ وحَلَّ منها، ثمّ أحرم بالحجِّ وحَجَّ من عامِه ذلك قبلَ أنْ يقضيَها: لم يكنْ مُتمَتِّعًا؛ لأنّه لا يَصيرُ مُتمَتِّعًا إلاّ بحُصُولِ العُمْرةِ والحجَّةِ، ولَمَّا أفسد العُمْرةَ فلم تحصُلْ له العُمْرةُ والحجَّةُ فلا يكونُ مُتمَتِّعًا.

ولو قضَى عُمْرَتَه وحَجَّ من عامِه ذلك، فهذا لا يخلو من ثلاثةِ أوجُهٍ:

فإنْ فرَغَ من عُمْرَتِه الفاسِدةِ وحَلَّ منها ورجع إلى أهلِه، ثمّ عاد إلى مكّةَ، وقضَى عُمْرَتَه، وأحرم بالحجِّ، وحَجَّ من عامِه ذلك فإنّه يكونُ مُتمَتِّعًا بالإجماعِ؛ لأنه لَمَّا لَحِقَ بأهلِه صار من أهلِ التّمتُّعِ، وقد أتَى به فكان مُتمَتِّعًا.

وإذا فرَغَ من عُمْرَتِه الفاسِدةِ، وحَلَّ منها لكنّه لم يخرجْ من الحرَمِ أو خرج منه لكنّه لم

(١) في المخطوط: «كما».

يُجاوِزِ الميقاتَ حتّى قضَى عُمْرَتَه، وأحرم بالحجِّ، لا يكونُ مُتَمَتِّعًا بالإجماعِ؛ لأنّه لَمَّا حَلَّ من عُمْرَتِه الفاسِدةِ صار كواحِدٍ من أهلِ مكّةَ، ولا تَمَتُّعَ لأهلِ مكّةَ ويكونُ مُسيئًا وعليه لإساءَتِه دَمٌ.

وإنْ فرَغَ من عُمْرَتِه الفاسِدةِ، وحَلَّ منها، [وخرج من الحرَمِ] [١]، وجاوَزَ الميقاتَ [حتّى قضَى عُمْرَتَه]، ولَحِقَ بموضِعٍ لأهلِه التّمَتُّعُ والقرانُ كالبصْرةِ وغيرِها، ثمّ رجع إلى مكّةَ، وقضَى عُمْرَتَه الفاسِدةَ ثمّ أحرم بحَجٍّ، وحَجَّ من عامِه ذلك لم يكنْ مُتَمَتِّعًا في قولِ أبي حنيفةَ، كأنّه لم يَبْرَحْ من مكّةَ، وفي قولِ أبي يوسفَ، ومحمّدٍ يكونُ مُتَمَتِّعًا كأنّه لَحِقَ بأهلِه.

(وجه قولِهما): أنّه لَمَّا حَصَلَ في موضِعٍ لأهلِه التّمَتُّعُ والقرانُ صار من أهلِ ذلك الموضِعِ، [وبَطَلَ حكمُ ذلك السّفَرِ]، ثمّ إذا قَدِمَ مكّةَ كان هذا إنْشاء سَفَرٍ، وقد حَصَلَ له نُسُكانِ في هذا السّفَرِ، وهو عُمْرةٌ وحَجّةٌ فيكونُ مُتَمَتِّعًا كما لو رجع إلى أهلِه ثمّ عاد إلى مكّةَ، و(قضَى عُمْرَتَه) [٢] في أشهُرِ الحجِّ [وأحرم بالحجِّ]، وحَجَّ من عامِه ذلك أنّه يكونُ مُتَمَتِّعًا، (كذا هذا، بخلافِ ما إذا) [٣] اتَّخَذَ مكّةَ دارًا؛ لأنّه صار من أهلِ مكّةَ، ولا تَمَتُّعَ لأهلِ مكّةَ.

ولأبي حنيفةَ: أنّ حكمَ السّفَرِ الأوّلِ باقٍ؛ لأنّ الإنسانَ إذا خرج من وطَنِه مُسافرًا فهو على حكمِ السّفَرِ ما لم يَعُدْ إلى وطَنِه، وإذا كان حكمُ السّفَرِ الأوّلِ باقيًا، فلا عِبْرةَ بقُدومِه البصْرةَ، واتِّخاذِه دارًا بها، فصار كأنّه أقام بمكّةَ لم يَبْرَحْ منها حتّى قضَى عُمْرَتَه الفاسِدةَ، وإذا كان كذلك لم يكنْ مُتَمَتِّعًا، ولم يلزَمْه الدّمُ؛ لأنّه لَمَّا أفسد العُمْرةَ لَزِمَه أنْ يقضيَها من مكّةَ، وهو أنْ يُحْرِمَ بالعُمْرةِ من ميقات أهلِ مكّةَ للعُمْرةِ، وذلك دليلُ إلحاقِه بأهلِ مكّةَ، فصارتْ عُمْرَتُه وحَجّتُه مَكِّيّتَيْنِ لصَيْرورةِ ميقاته للحَجِّ والعُمْرةِ ميقاتَ أهلِ مكّةَ، فلا يكونُ مُتَمَتِّعًا لوُجودِ الإلمامِ بمكّةَ كما فرَغَ من عُمْرَتِه، و(صار كالمكّيِّ) [٤] إذا خرج إلى أقرَبِ الآفاقِ، وأحرم بالعُمْرةِ ثمّ عاد إلى مكّةَ [٥]، وأتَى بالعُمْرةِ ثمّ أحرم بالحجِّ، وحَجَّ من

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «اعتمر».
(٣) في المخطوط: «كما لو رجع إلى أهله أو».
(٤) في المخطوط: «والمكيُّ».
(٥) في المخطوط: «أهله».

عامِه ذلك لم يكنْ مُتَمَتِّعًا، كذا هذا.

بخلافِ ما إذا رجع إلى وطَنِه؛ لأنّه إذا رجع إلى وطَنِه فقد قَطَعَ حكمَ السّفَرِ الأوّلِ بابتِداءِ سَفَرٍ آخَرَ فانقَطَعَ حكمُ كونِه بمكّةَ، فبعدَ ذلك إذا أتَى مكّةَ وقضَى العُمْرةَ، وحَجَّ فقد حَصَلَ له [١/ ٢٤٧ب] النُّسُكانِ في سَفَرٍ واحِدٍ فصار مُتَمَتِّعًا.

هذا إذا (أحرم بالعُمْرةِ) (١) في أشهُرِ الحجِّ ثمّ أفسدها وأتَمَّها على الفسادِ.

فأمَّا إذا أحرم بها قبلَ أشهُرِ الحجِّ ثمّ (٢) أفسدها وأتَمَّها على الفسادِ، فإنْ لم يخرجْ من الميقات حتّى دخل أشهُرُ الحجِّ، وقضَى عُمْرَتَه في أشهُرِ الحجِّ ثمّ أحرم بالحجِّ، وحَجَّ من عامِه ذلك، فإنّه لا يكونُ مُتَمَتِّعًا بالإجماعِ، وحكمُه كمَكّيٍّ تَمَتَّعَ؛ لأنّه صار كواحِدٍ من أهلِ مكّةَ لما ذكرنا، ويكونُ مُسيئًا، وعليه لإساءَتِه دَمٌ، وإنْ عاد إلى أهلِه ثمّ عاد [إلى مكّةَ] (٣) مُحْرِمًا بإحرامِ العُمْرةِ، وقضَى عُمْرَتَه في أشهُرِ الحجِّ ثمّ أحرم بالحجِّ، وحَجَّ من عامِه ذلك يكونُ مُتَمَتِّعًا بالإجماعِ لما مرَّ.

وإنْ عاد إلى غيرِ أهلِه، ولَحِقَ بموضِعٍ لأهلِه التّمَتُّعُ والقرانُ، ثمّ عاد [إلى مكّةَ] مُحْرِمًا بإحرامِ العُمْرةِ وقضَى عُمْرَتَه في أشهُرِ الحجِّ، ثمّ أحرم [بالحجِّ]، وحَجَّ من عامِه ذلك. فهذا على وجهينِ في قولِ أبي حنيفةَ:

في وجهٍ يكونُ مُتَمَتِّعًا، وهو ما إذا رأى هلالَ شوّالٍ خارجَ الميقات ثمّ عاد [إلى مكّةَ] مُحْرِمًا بإحرامِ العُمْرةِ، وقضَى عُمْرَتَه في أشهُرِ الحجِّ ثمّ أحرم بالحجِّ، وحَجَّ من عامِه ذلك.

وفي وجهٍ لا يكونُ مُتَمَتِّعًا، وهو ما إذا رأى هلالَ شوّالٍ داخِلَ الميقات.

وعندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ: يكونُ مُتَمَتِّعًا في الوجهينِ جميعًا.

(لهما): أنّ لُحوقَه بذلك الموضِعِ بمنزِلةِ لُحوقِه بأهلِه. ولو لَحِقَ بأهلِه يكونُ مُتَمَتِّعًا فكذا هذا.

ولأبي حنيفةَ: أنّ في الوجه الأوّلِ أدرَكَته أشهُرُ الحجِّ، وهو من أهلِ التّمَتُّعِ؛ لأنّها

(١) في المخطوط: «اعتمر».
(٢) في المخطوط: «و».
(٣) ليست في المخطوط.

أدرَكَتْه خارجَ الميقات، وفي الوجه الثّاني أدرَكَتْه، وهو ليس من أهلِ التّمَتُّعِ لكونِه مَمْنوعًا شرعًا عن التّمَتُّعِ، ولا يزولُ المنعُ حتّى يلحَقَ بأهلِه. ولو اعتَمرَ في أشهُرِ الحجِّ ثمّ عاد إلى أهلِه قبلَ أنْ يَحِلَّ من عُمْرَتِه، وألَمَّ بأهلِه وهو مُحْرِمٌ ثمّ عاد إلى مكّةَ بذلك الإحرامِ، وأتَمَّ عُمْرَتَه ثمّ حَجَّ من عامِه ذلك فهذا على ثلاثةِ أوجُهٍ:

فإنْ كان طافَ لعُمْرَتِه شوْطًا أو شوْطَيْنِ أو ثلاثةَ أشواطٍ ثمّ عاد إلى أهلِه وهو مُحْرِمٌ، ثمّ رجع إلى مكّةَ بذلك الإحرامِ، وأتَمَّ عُمْرَتَه، وحَجَّ من عامِه ذلك فإنّه يكونُ مُتَمَتِّعًا بالإجماعِ، وإنِ اعتَمرَ، وحَلَّ من عُمْرَتِه ثمّ عاد إلى أهلِه حَلالاً، ثمّ عاد إلى مكّةَ، وحَجَّ من عامِه ذلك، لا يكونُ مُتَمَتِّعًا بالإجماعِ؛ لأنّ إلمامَه بأهلِه صحيحٌ، وأنّه يمنَعُ التّمَتُّعَ، وإنْ رجع إلى أهلِه بعدَ ما طافَ أكثرَ طَوافِ عُمْرَتِه أو كُلَّه، ولم يَحِلَّ بعدَ ذلك، وألَمَّ بأهلِه مُحْرِمًا ثمّ عاد، وأتَمَّ بَقيّةَ عُمْرَتِه، وحَجَّ من عامِه ذلك، فإنّه يكونُ مُتَمَتِّعًا في قولِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وفي قولِ محمّدٍ: لا يكونُ مُتَمَتِّعًا.

(وجه قولِه): أنّه أدّى العُمْرةَ بسَفريْنِ، وأكثرُها حَصَلَ في السّفَرِ الأوّلِ، وهذا يمنَعُ التّمَتُّعَ.

ولهما أنّ إلمامَه بأهلِه لم يَصِحَّ بدليلِ أنّه يُباحُ له العوْدُ [إلى مكّةَ] [(١)] بذلك الإحرامِ من غيرِ أنْ يحتاجَ إلى إحرامٍ جَديدٍ، فصار كأنّه أقام بمكّةَ، وكذا لو اعتَمرَ في أشهُرِ الحجِّ، ومن نيّتِه التّمَتُّعُ [(٢)]، وساقَ الهدْيَ لأجلِ تمَتُّعِه، فلَمّا فرَغَ منها عاد إلى أهلِه مُحْرِمًا، ثمّ عاد وحَجَّ من عامِه ذلك فإنّه يكونُ مُتَمَتِّعًا في قولِهِما؛ لأنّ إلمامَه بأهلِه لم يَصِحَّ، فصار كأنّه أقام بمكّةَ. وعندَ محمّدٍ لا يكونُ مُتَمَتِّعًا. ولو خرج المكّيُّ إلى الكوفةِ فأحرم بها للعُمْرةِ ثمّ دخل مكّةَ [فأحرم بها للحَجِّ] لم يكنْ مُتَمَتِّعًا؛ لأنّه حَصَلَ له الإلمامُ بأهلِه بين الحجّةِ والعُمْرةِ، فمَنَعَ التّمَتُّعَ كالكوفيِّ إذا رجع إلى أهلِه، وسَواءٌ ساقَ الهدْيَ أو لم يسُقْ، يَعني إذا أحرم بالعُمْرةِ بعدَ ما خرج إلى الكوفةِ، وساقَ الهدْيَ لم يكنْ مُتَمَتِّعًا، وسَوْقُه الهدْيَ لا يمنَعُ صِحّةَ إلمامِه بخلافِ الكوفيِّ؛ لأنّ الكوفيّ إنّما يمنَعُ سَوْقُ الهدْيِ صِحّةَ إلمامِه؛ لأنّ العوْدَ مُستَحَقٌّ عليه. فأمّا المكّيُّ فلا يُستَحَقُّ عليه العوْدُ، فصَحَّ إلمامُه مع السّوْقِ كما يَصِحُّ مع عَدَمِه.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) زاد في المخطوط: «كان».

ولو خرج المكّيُّ إلى الكوفةِ فقرنَ صَحَّ قرانُه؛ لأنّ القرانَ يحصُلُ بنفسِ الإحرامِ، فلا يُعتَبَرُ فيه الإلمامُ فصار بعَوْدِه إلى مكّةَ كالكوفيِّ إذا قرنَ ثمّ عاد إلى الكوفةِ. وذكر ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ أنّ قرانَ المكّيِّ بعدَ خُروجِه إلى الكوفةِ إنّما يَصِحُّ إذا كان خُروجُه من مكّةَ قبلَ [1] أشهرِ الحجِّ.

فأمّا إذا دخلتْ عليه (أشهُرُ الحجِّ) [2]، وهو بمكّةَ ثمّ خرج إلى الكوفةِ فقرنَ لم يَصِحَّ قرانُه؛ لأنّه حينَ دخولِ الأشهرِ عليه كان على صِفةٍ لا يَصِحُّ له التّمتُّعُ، ولا القرانُ في هذه السّنةِ؛ لأنّه في أهلِه، فلا يتغيّرُ ذلك بالخروجِ إلى الكوفةِ.

وفي نوادِرِ ابنِ سِماعةَ عن محمّدٍ فيمَنْ أحرم بعُمْرةٍ في رمضانَ، وأقام على إحرامِه إلى شوّالٍ من قابِلٍ ثمّ طافَ لعُمْرَتِه في العامِ [١/ ٢٤٨أ] القابِلِ من شوّالٍ ثمّ حَجَّ في ذلك العامِ أنّه مُتمَتِّعٌ؛ لأنّه باقٍ على إحرامِه، وقد أتَى بأفعالِ العُمْرةِ والحجِّ في أشهُرِ الحجِّ، فصار كأنّه ابتَدأ الإحرامَ بالعُمْرةِ في أشهُرِ الحجِّ، [وحَجَّ] [3] من عامِه ذلك. ولو فعل ذلك كان مُتَمَتِّعًا كذا هذا.

وبِمثلِه مَنْ وجب عليه أنْ يتحَلَّلَ من الحجِّ بعُمْرةٍ فأخَّرَ إلى العامِ القابِلِ فتحلَّلَ بعُمْرةٍ في شوّالٍ، وحَجَّ من عامِه ذلك لا يكونُ مُتَمَتِّعًا؛ لأنّه ما أتَى بأفعالِ العُمْرةِ [لها]، بل للتَّحَلُّلِ عن إحرامِ الحجِّ، فلم تقَع هذه الأفعالُ مُعتَدًّا بها عن العُمْرةِ فلم يكنْ مُتَمَتِّعًا بخلافِ الفصلِ الأوّلِ.

فصلٌ [في بيان ما يجب على المتمتع والقارن]

وأمّا بيانُ ما يجبُ على المُتَمَتِّعِ والقارِنِ بسببِ التّمتُّعِ والقرانِ، أمّا المُتَمَتِّعُ فيجبُ عليه الهدْيُ بالإجماعِ، والكلامُ في الهدْيِ في مواضعَ:

في تفسيرِ الهدْيِ، وفي بيانِ وُجوبه، وفي بيانِ شرطِ الوُجوبِ، وفي بيانِ صِفةِ الواجبِ، وفي بيانِ مكانِ إقامتِه، وفي بيانِ زَمانِ الإقامةِ.

أمّا الأوّل: فالهدْيُ المذكورُ في آيةِ التّمتُّعِ اختلف فيه الصّحابةُ رضي الله عنهم، رُوِيَ

(١) في المخطوط: «في غير».
(٢) في المخطوط: «الأشهر».
(٣) ليست في المخطوط.

عن عَليٍّ، وابنِ عبّاسٍ، وابنِ مسعودٍ رضي الله عنهم أنّهم قالوا: [هو] (١) شاةٌ.

وعن ابنِ عمرَ، وعائشةَ رضي الله عنهم: أنّه بَدَنةٌ أو بَقرةٌ:

والحاصِلُ: أنّ اسمَ الهدْيِ يَقَعُ على الإبِلِ، والبقَرِ والغنَمِ لكنّ الشّاةَ ههنا مُرادةٌ من الآيةِ الكريمةِ بإجماعِ الفُقَهاءِ حتّى أجمَعوا على جوازِها عن المُتْعةِ.

والدّليلُ عليه أيضًا: ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنه سُئلَ عن الهدْيِ فقال ﷺ: «أدناه شاةٌ» (٢) إلاّ أنّ البدنةَ أفضلُ من البقرةِ، والبقرةُ أفضلُ من الشّاةِ لقولِ النّبيِّ ﷺ في تفسيرِ الهدْيِ: «أدناه شاةٌ»، ففيه إشارةٌ إلى أنّ أعلاه البدنةُ والبقرةُ.

ورُوِيَ عنه ﷺ أنّه قال: **«المُبَكِّرُ إلى الجُمُعةِ كالمُهْدي بَدَنةً ثمّ كالمُهْدي بَقرةً ثمّ كالمُهْدي شاةً»** (٣). وكذا النّبيُّ ﷺ ساقَ البُدْنَ، ومعلومٌ أنّه كان يختارُ من الأعمالِ أفضلَها، ولأنّ البدنةَ أكثرُ لَحمًا وقيمةً من البقرةِ، والبقرةُ أكثرُ [لَحمًا وقيمةً] من الشّاةِ، فكان أنْفَعَ للفُقراءِ فكان أفضلَ.

وَأمّا وُجوبُه: فإنّه واجبٌ بالإجماعِ، وبِقولِه تعالى: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ [البقرة:١٩٦] أي: فعليه ذَبْحُ ما استيْسَرَ من الهدْيِ كما في قوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ﴾ [البقرة:١٩٦] الآيةَ أي فحلَقَ فعليه فِدْيةٌ، وقولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة:١٨٤] معناه فأفطرَ فلْيَصُم في عِدَّةٍ من أيّامٍ أُخَرَ.

وَأمّا شرطُ وُجوبه: فالقُدْرةُ عليه؛ لأنّ اللّهَ تعالى أوجب ما استَيْسَرَ من الهدْيِ، ولا وُجوبَ إلاّ على القادرِ، فإنْ لم يقدِرْ فصيامُ ثلاثةِ أيّامٍ في الحجِّ وسبعةٍ إذا رجع إلى أهلِه

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) ذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ١٦٠)، وقال: غريب ولم أجده إلا من قول عطاء عند البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي أنا مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج أن عطاء قال: «أدنى ما يهراق من الدماء في الحج وغيره شاة».

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: الجمعة، باب: فضل الجمعة، حديث (٨٨١)، ومسلم في كتاب: الجمعة، باب: الطيب والسواك يوم الجمعة، حديث (٨٥٠)، والنسائي في الكبرى (١/ ٥٢٦)، (١٦٩٦)، والبيهقي في السنن (٣/ ٢٢٦)، (٥٦٥٥)، وابن حبان (٧/ ١٣)، (٢٧٧٥) من حديث أبي هريرة.

لقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ﴾ [البقرة:١٩٦] معناه فمَنْ لم يَجِدِ الهدْيَ فصيامُ ثلاثةِ أيّامٍ في الحجِّ، وسبعةٍ إذا رَجعتُم.

ولا يجوزُ له أنْ يَصُومَ ثلاثةَ أيّامٍ في أشهُرِ الحجِّ قبلَ أنْ يُحْرِمَ بالعُمْرةِ بلا خلافٍ.

وهل يجوزُ له بعدَ ما أحرم بالعُمْرةِ في أشهُرِ الحجِّ قبلَ أنْ يُحْرِمَ بالحجِّ؟.

قال أصحابُنا: يجوزُ سَواءٌ طاف لعُمْرَتِه أو لم يَطُفْ بعدَ أنْ أحرم بالعُمْرةِ [(١)] [(٢)].

وقال الشّافعيُّ: لا يجوزُ حتّى يُحْرِمَ بالحجِّ[(٣)]، كذا ذكر الفقيه أبو الليثِ الخلافَ. وذكر إمامُ الهُدَى الشيخ أبو مَنْصُورٍ الماتُريديُّ - رحمه الله - القياسَ: أنْ لا يجوزَ ما لم يَشْرَع في الحجِّ، وهو قولُ زُفر لقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ﴾ [البقرة:١٩٦]، وإنّما يكونُ في الحجِّ بعدَ الشُّروعِ فيه، وذلك بالإحرامِ، ولأنّ على أصلِ الشّافعيِّ دَمُ المُتْعةِ دَمُ كفّارةٍ وجب جَبْرًا للنّقْصِ، وما لم يُحْرِم بالحجِّ لا يظهرُ النّقْصُ.

(ولَنا): أنَّ الإحرامَ بالعُمْرةِ سببٌ لوُجودِ الإحرامِ بالحجّةِ، فكان الصّومُ تَعجيلاً بعدَ وُجودِ السّبَبِ فجاز، وقبلَ وُجودِ العُمْرةِ لم يوجَدِ السّبَبُ فلم يَجز، ولأنّ السّنّةَ في المُتَمَتِّعِ أنْ يُحْرِمَ بالحجِّ عَشيّةَ التّرْوِيةِ. كذا رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ أمرَ أصحابَه بذلك، وإذا كانتِ السّنّةُ في حَقِّه الإحرامَ بالحجِّ عَشيّةَ التّرْوِيةِ فلا يُمْكِنُه صيامُ الثّلاثةِ الأيّامِ بعدَ ذلك، وإنّما بَقِيَ له يومٌ واحِدٌ؛ لأنّ [(٤)] أيّامَ النّحْرِ والتّشْريقِ قد [(٥)] نُهي عن الصِّيامِ فيها، فلا بُدَّ من الحكمِ بجوازِ الصّومِ بعدَ إحرامِ العُمْرةِ قبلَ الشُّروعِ في الحجِّ.

وأمّا الآيةُ فقد قِيلَ في تَأويلِها: إنّ المُرادَ منها وقتُ الحجِّ، وهو الصّحيحُ؛ إذِ الحجُّ لا يصلُحُ ظَرْفًا للصّوْمِ، والوقتُ يصلُحُ ظَرْفًا له فصار تقديرُ الآيةِ الشّريفةِ: فصيامُ ثلاثةِ أيّامٍ في وقتِ الحجِّ، كما في قوله تعالى: ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ﴾ [البقرة:١٩٧] أي وقتُ الحجِّ أشهُرٌ معلوماتٌ، وعلى هذا صارتِ الآيةُ الشّريفةُ حُجّةً لَنا عليه؛ لأنّ اللّهَ تعالى أوجب

---

(١) زاد في المخطوط: «في أشهر الحج».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: تحفة الفقهاء (١/ ٤١٢)، أحكام القرآن للجصاص (١/ ٢٩٣ - ٢٩٥)، المبسوط (٤/ ١٨١)، البناية مع الهداية (٤/ ٢١٤)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٦، ٧).

(٣) مذهب الشافعية: لا يجوز ما لم يحرم بالحج، انظر: مختصر المزني ص (٦٤)، حلية العلماء (٣/ ٢٢٣)، المجموع شرح المهذب (٧/ ١٨٥، ١٩٣)، فتح العزيز مع المجموع (٧/ ١٧١، ١٧٢).

(٤) في المخطوط: «لإتيان».
(٥) في المخطوط: «وقد».

على المُتَمَتِّعِ صيامَ ثلاثةِ أيّامٍ في وقتِ الحجِّ، وهو أشهُرُ الحجِّ، وقد صامَ في أشهُرِ الحجِّ فجاز إلاّ أنّ زَمانَ ما قبلَ [١/ ٢٤٨ب] الإحرامِ صار مخصُوصًا من النّصِّ.

والأفضلُ أنْ يَصُومَ ثلاثةَ أيّامٍ آخِرُها يومُ عَرَفَةَ بأنْ يَصُومَ قبلَ [يوم] [١] التّرْوِيةِ بيوم، ويومَ التّرْوِيةِ، ويومَ عَرَفَةَ؛ لأنّ اللَّهَ تعالى جعل صيامَ ثلاثةِ أيّامٍ بَدَلاً عن الهدْيِ، وأفضلُ أوقاتِ البدلِ وقتُ اليأسِ عن الأصلِ لما يحتَمِلُ القُدْرةَ على الأصلِ قبلَه، ولِهذا كان الأفضلُ تأخيرَ التّيمُّمِ إلى آخِرِ وقتِ الصّلاةِ لاحتِمالِ وُجودِ الماءِ قبلَه، وهذه الأيّامُ آخِرُ وقتِ هذا الصّومِ عندَنا، فإذا مَضَتْ ولم يَصُم فيها فقد فاتَ الصّومُ وسَقَطَ عنه، وعاد الهدْيُ، فإنْ لم يقدِرْ عليه يتحَلَّلُ، وعليه دَمانِ: دَمُ التّمَتُّعِ، ودَمُ التّحَلُّلِ قبلَ الهدْيِ [٢].

وعندَ الشّافعيِّ: لا يَفوتُ بمُضيِّ هذه الأيّامِ، ثمّ له قولانِ: في قولٍ: يَصُومُها في أيّامِ التّشْريقِ، وفي قولٍ: يَصُومُها بعدَ أيّامِ التّشْريقِ [٣]. والصّحيحُ قولُنا لقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ فِي ٱلْحَجِّ﴾ [البقرة:١٩٦] أي في وقتِ الحجِّ لما بَيّنّا عَيْنَ وقتِ الحجِّ لصومِ هذه الأيّامِ، إلاّ أنّ يومَ النّحْرِ خرج من أنْ يكونَ وقتًا لهذا الصّومِ بالإجماعِ، وما رَواه ليس وقتَ الحجِّ، فلا يكونُ مَحِلاًّ لهذا الصّومِ.

وعن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنه أنّه قال: المُتَمَتِّعُ إنّما يَصُومُ قبلَ يومِ النّحْرِ [٤]، وعن عمرَ رضي الله عنه أنّ رجلاً أتاه يومَ النّحْرِ، وهو مُتَمَتِّعٌ لم يَصُم، فقال له عمرُ رضي الله عنه: اذْبَحْ شاةً، فقال الرّجُلُ: ما أجِدُها، فقال له عمرُ سَلْ قَوْمَكَ، فقال: ليس ههنا منهم أحدٌ، فقال عمرُ رضي الله عنه: يا مُغيثُ أعطِه عَنّي ثَمَنَ شاةٍ [٥]، والظّاهرُ أنّه قال ذلك

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: الحجة (١/ ٣٨٣ - ٣٩١)، الآثار ص (٧٠)، المبسوط (٤/ ١٨١)، أحكام القرآن للجصاص (١/ ٢٩٥ - ٢٩٧)، فتح القدير مع الهداية (٢/ ٥٣٠ - ٥٣٢)، البناية (٤/ ٢٠١ - ٢٠٣).

(٣) في بيان مذهب الشافعية: قال النووي في المجموع: «قال أصحابنا: إذا فات صوم الثلاثة في الحج لزمه قضاؤها ولا دم عليه» وخرَّج أبو إسحاق المروزي قولاً: إنه يسقط الصوم ويستقر الهدي في ذمته. انظر المهذب مع المجموع (٦/ ٤٤١ - ٤٤٥)، (٧/ ١٨٦، ١٧٧، ١٨٨، ١٨٩، ١٩٣)، حلية العلماء (٢/ ٢٢٤).

(٤) أورده القرطبي في «تفسيره»، (٢/ ٣٩٩).

(٥) أورده ابن حجر في «الدراية»، (٢/ ٣٦).

سَماعًا من رسولِ اللَّه ﷺ؛ لأنّ (مثلَ ذلك) [(١)] لا يُعرَفُ رأيًا واجتِهادًا.

وأمَّا صومُ السّبْعةِ، فلا يجوزُ قبلَ الفراغِ من أفعالِ الحجِّ بالإجماعِ، وهل [(٢)] يجوزُ بعدَ الفراغِ من أفعالِ الحجِّ بمكّةَ قبلَ الرّجوعِ إلى الأهلِ [(٣)]؟.

قال أصحابُنا: يجوزُ[(٤)]. وقال الشّافعيُّ: لا يجوزُ إلاَّ بعدَ الرّجوعِ إلى الأهلِ إلاَّ إذا نَوَى الإقامةَ بمكّةَ فيَصُومُها بمكّةَ فيجوزُ[(٥)]، واحتجَّ بقولِه تعالى: ﴿وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾ [البقرة :١٩٦] أي إذا رَجَعتُم إلى أهليكم.

(ولَنَا): هذه الآيةُ بعَيْنِها؛ لأنّه قال عَزَّ وجَلَّ: ﴿إِذَا رَجَعْتُمْ﴾ [البقرة :١٩٦] مُطْلَقًا، فيقتضي أنّه إذا رجع من مِنًى إلى مكّةَ، وصامَها يجوزُ، وهكذا قال بعضُ أهلِ التّأويلِ: إذا رَجعتُم من مِنًى. وقال بعضُهم: إذا فرَغْتُم من أفعالِ الحجِّ، وقيلَ: إذا أتَى وقتُ الرّجوعِ.

ولو وجَدَ الهدْيَ قبلَ أنْ يَشْرَعَ في صومِ ثلاثةِ أيّامٍ أو في خلالِ الصّومِ أو بعدَ ما صامَ فوَجَدَه في أيّامِ النّحرِ قبلَ أنْ يحلِقَ أو يُقَصِّرَ: يلزَمُه الهدْيُ، ويسقُطُ حكمُ الصّومِ عندَنا[(٦)]. وقال الشّافعيُّ[(٧)] لا يلزَمُه الهدْيُ، ولا يَبْطُلُ [حكمُ] [(٨)] الصّومِ.

---

(١) في المخطوط: «مثله». (٢) في المخطوط: «هو».

(٣) في المخطوط: «أهله».

(٤) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ١٨١، ١٨٢)، تحفة الفقهاء (١/ ٤١٢)، أحكام القرآن للجصاص (١/ ٢٩٨، ٢٩٩)، فتح القدير مع الهداية (٢/ ٥٣٠)، البناية مع الهداية (٣/ ٢٠٠، ٢٠١).

(٥) في بيان مذهب الشافعية قال القفال في الحلية: «وأما صوم السبعة ففي وقته قولان: أصحهما أن وقته إذا رجع إلى أهله، والثاني: أنه يجوز فعله قبل الرجوع إلى أهله، فعلى هذا يكون في وقت جوازه وجهان، أحدهما: أنه يجوز إذا أخذ في السير خارجاً من مكة وعليه لا يجوز صوم السبعة وهو بمكة، والثاني: يجوز إذا فرغ من الحج سواء كان مقيماً أو أخذ في السير»، انظر حلية العلماء (٣/ ٢٢٥)، المجموع شرح المهذب (٧/ ١٨٥، ١٨٧، ١٨٨).

(٦) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ١٨١)، أحكام القرآن للجصاص (١/ ٢٩٧، ٢٩٨)، فتح القدير (٢/ ٥٣٠).

(٧) في بيان مذهب الشافعية: قال الشيرازي في المهذب: «إذا دخل في الصوم ثم وجد الهدي فالأفضل أن يهدي ولا يلزمه، وقال المزني: يلزمه كالمتيمم الذي رأى الماء، وإن وجد الهدي بعد الإحرام بالحج وقبل الدخول في الصوم فهو على الأقوال الثلاثة في الكفارات: أحدها: أن الاعتبار بحال الوجوب ففرضه الصوم، والثاني: الاعتبار بحال الأداء، ففرضه الهدي، والثالث: الاعتبار بأغلظ الحالين ففرضه الهدي»، انظر حلية العلماء (٣/ ٢٢٤، ٢٢٥)، المهذب مع المجموع (٧/ ١٩٠)، فتح العزيز بذيل المجموع (٧/ ١٧٣، ١٧٤).

(٨) ليست في المخطوط.

والصّحيحُ قولُنا؛ لأنّ الصّومَ بَدَلٌ عن الهدْيِ، وقد قَدَرَ على الأصلِ قبلَ حُصُولِ المقصُودِ بالبدلِ فبَطَل حكمُ البدلِ كما لو وجَدَ الماءَ في خلالِ التيَمُّمِ.

ولو وجَدَ الهدْيَ [في أيّامِ الذَّبْحِ] أو بعدَ ما حَلَقَ أو قَصّرَ فحَلَّ قبلَ أنْ يَصُومَ السّبْعةَ صَحَّ صومُه، ولا يجبُ عليه الهدْيُ؛ لأنّ المقصُودَ من البدلِ، وهو التّحَلُّلُ قد حَصَلَ، فالقُدْرةُ على الأصلِ بعدَ ذلك لا تُبْطِلُ حكمَ البدلِ كما لو صلّى بالتيَمُّمِ ثمّ وجَدَ الماءَ.

واختلف أبو بكرٍ الرّازيّ، وأبو عبدِ اللّه الجُرْجانيُّ في صومِ السّبْعةِ قال الجُرْجانيُّ: إنّه ليس ببَدَلٍ؛ بدليلِ أنّه يجوزُ مع وُجودِ الهدْيِ بالإجماعِ، ولا جوازَ للبَدَلِ مع وُجودِ الأصلِ كما في التُّرابِ مع الماءِ ونحوِ ذلك.

وقال الرّازيّ: إنّه بَدَلٌ؛ لأنّه لا يجبُ إلاَّ حالَ العجْزِ عن الأصلِ، وجوازُه حالَ وُجودِ الأصلِ لا يُخرِجُه عن كونِه بَدَلاً. ولو صامَ ثلاثةَ أيّامٍ، ولم يَحِلَّ حتّى مَضَتْ أيّامُ الذَّبْحِ ثمّ وجَدَ الهدْيَ فصومُه ماضٍ، ولا هَدْيَ [1] عليه، كذا رَوَى الحسَنُ بنُ زيادٍ عن أبي حنيفةَ، ذكره الكَرْخيُّ في مختصَرِه؛ لأنّ الذَّبْحَ يتوقَّتُ بأيّامِ الذَّبْحِ عندَنا، فإذا مَضَتْ فقد حَصَلَ المقصُودُ، وهو إباحةُ التّحَلُّلِ فكأنّه تحَلَّلَ ثمّ وجَدَ الهدْيَ.

وَأمّا صِفةُ الواجبِ فقد اختُلِفَ فيها، قال أصحابُنا: إنّه دَمُ نُسُكٍ وجب شُكْرًا لما وُفِّقَ للجَمْعِ بين النُّسُكَيْنِ بسَفَرٍ واحِدٍ فلَه أنْ يَأكُلَ منه، ويُطْعِمَ من شاء، غَنيًّا كان المُطْعَمُ أو فقيرًا[2] ويُستَحَبُّ له أنْ يَأكُلَ الثُّلُثَ، ويتصَدَّقَ بالثُّلُثِ، ويُهْدِيَ الثُّلُثَ لأقربائه وجيرانِه، سَواءٌ كانوا فُقراءَ أو أغْنياءَ كدَمِ الأُضْحيّةَ لقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْبَآئِسَ ٱلْفَقِيرَ﴾ [الحج:٢٨]. وقال الشّافعيُّ[3]: إنّه دَمُ كفّارةٍ وجب جَبْرًا للنّقْصِ بتركِ إحدى السّفْرَتَيْنِ؛ لأنّ الإفرادَ أفضلُ عندَه [حتى] [4] لا يجوزُ للغَنيِّ أنْ يَأكُلَ منه، وسبيلُه سبيلُ دِماءِ الكفّاراتِ.

---

(١) في المخطوط: «شيء».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ٧٦)، تبيين الحقائق (٢/ ٨٩)، الجوهرة النيرة (١/ ١٨١)، فتح القدير (٣/ ١٦١)، درر الحكام (١/ ٢٦٢)، البحر الرائق (٣/ ٧٦)، مجمع الأنهر (١/ ٣١٠).

(٣) في بيان مذهب الشافعية يقول النووي: مذهبنا أنه لا يجوز الأكل منهما - أي من الضحية والهدي الواجبين - سواء كان جبراناً أو منذوراً وكذا قال الأوزاعي وداود الظاهري: لا يجوز الأكل من الواجب. انظر المجموع (٨/ ٣٩٦)، أسنى المطالب (١/ ٥٤٥)، الغرر البهية (٥/ ١٧٠)، تحفة الحبيب (٩/ ٣٦٣).

(٤) زيادة من المخطوط.

وأمَّا القارِنُ فحكمُه حكمُ المُتَمَتِّعِ في وُجوبِ الهدْيِ عليه إنْ وجَدَ، والصّومُ إنْ لم يَجِدْ، وإباحةُ الأكلِ من لَحمِه للغَنيِّ والفقيرِ؛ لأنّه في [معنى][1] المُتَمَتِّعِ فيما لأجلِه وجب الدّمُ، وهو الجمعُ بين الحجَّةِ، والعُمْرةِ في سَفَرٍ واحِدٍ.

وقد رُوِيَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ كان قارِنًا فنَحَرَ البُدْنَ [١/ ٢٤٩أ]، وأمرَ عَليًّا رضي الله عنه فأخذ من كُلِّ بَدَنةٍ قِطْعةً فطَبَخَها، وأكل رسولُ اللَّه ﷺ من لَحمِها، وحَسا من مرَقِها[2].

وَأمَّا مكانُ هذا الدّمِ فالحرَمُ، لا يجوزُ في غيرِه لقوله تعالى: ﴿وَٱلْهَدْىَ مَعْكُوفًا أَن يَبْلُغَ مَحِلَّهُۥ﴾ [الفتح:٢٥]، ومَحِلُّه الحرَمُ، والمُرادُ منه هَدْيُ المُتْعةِ لقوله تعالى: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلْعُمْرَةِ إِلَى ٱلْحَجِّ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْىِ﴾ [البقرة:١٩٦] والهدْيُ اسمٌ لما يُهْدَى إلى بيتِ اللَّه الحرامِ أي يُبْعَثُ، ويُنْقَلُ إليه.

وَأمَّا زَمانُه فأيّامُ النّحْرِ حتّى لو ذَبَحَ قبلَها لم يَجز؛ لأنّه دَمُ نُسُكٍ عندَنا فيتوقَّتُ بأيّامِ النّحْرِ كالأُضْحيّةِ.

وَأمَّا بيانُ أفضلِ أنواعِ ما يُحْرِمُ به فظاهرُ الرِّوايةِ عن أصحابِنا أنّ القرانَ أفضلُ، ثمّ التّمَتُّعَ، ثمّ الإفرادَ، ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ أنّ الإفرادَ أفضلُ من التّمَتُّعِ[3]، وبه أخذ الشّافعيُّ[4]. وقال مالِكٌ: التّمَتُّعُ أفضلُ[5].

وذكر محمّدٌ في كتابِ «الرّدِّ على أهلِ المدينةِ» أنّ حَجَّةً كوفيّةً، وعُمْرةً كوفيّةً أفضلُ،

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) أخرجه مسلم، كتاب: الحج، باب: حجة النبي ﷺ، حديث (٨/ ١٢)، وأبو داود، حديث (١٩٠٥)، والترمذي، حديث (٨١٥)، وابن ماجه حديث (٣٠٧٤)، من حديث جابر الطويل.

(٣) انظر في مذهب الحنفية: الآثار ص (٦٧)، مختصر الطحاوي ص (٦١)، المبسوط (٤/ ٢٥ - ٢٧)، أحكام القرآن للجصاص (١/ ٢٨٥ - ٢٨٧)، تحفة الفقهاء (١/ ٤١٣).

(٤) مذهب الشافعية: قال النووي في المجموع: «إن الصحيح من مذهبنا أن الإفراد أفضل من التمتع ثم القران، انظر مختصر المزني ص (٦٣، ٦٤)، حلية العلماء (٣/ ٢١٣ - ٢١٩)، المجموع شرح المهذب (٧/ ١٥٠ - ١٦٠).

(٥) مذهب المالكية: الإفراد أفضل من القران والتمتع، انظر المدونة (١/ ٢٩٥)، المنتقى (٢/ ٢١٢)، الرسالة الفقهية ص (١٨١)، الكافي لابن عبد البر (١/ ٣٦٤، ٣٨٢)، بداية المجتهد (١/ ٣٤٨، ٣٤٩)، قوانين الأحكام الشرعية ص (١٢٩).

احتجَّ الشّافعيُّ بما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ أفرَدَ بالحجِّ عامَ حَجَّةِ الوَداعِ فدَلَّ أنّ الإفرادَ أفضلُ؛ إذْ هو ﷺ كان يختارُ من الأعمالِ أفضلَها.

(ولَنا): أنَّ المشهورَ أنّ النّبيّ ﷺ قرنَ بين الحجِّ والعُمْرةِ[1] رَواه عمرُ وعَليٌّ وابنُ عبّاسٍ وجابرٌ وأنَسٌ رضي الله عنهم. ورُوِيَ عنه ﷺ أنّه قال: «أتاني آتٍ من ربّي، وأنا بالعقيقِ، فقال: قُم فصَلِّ في هذا الوادي المُبارَكِ ركعتَينِ، وقُلْ: لبَّيْكَ بعُمْرةٍ في حَجّةٍ»[2] حتّى رُوِيَ عن أنَسٍ رضي الله عنه أنّ النّبيّ ﷺ كان يصرُخُ بها صُراخًا، ويقولُ: «لبَّيْكَ بعُمْرةٍ في حَجَّةٍ» فدَلَّ أنّه ﷺ كان قارِنًا. ورُوِيَ عنه ﷺ أنّه قال: «تابِعوا بين الحجِّ والعُمْرةِ فإنّ المُتابَعةَ بينهما تَزيدُ في العُمُرِ، وتنفي الفقرَ»[3]، ولأنّ القِرانَ، والتّمَتُّعَ جَمْعٌ بين عِبادَتَيْنِ بإحرامَيْنِ، فكان أفضلَ من إتيانِ عِبادةٍ واحِدةٍ بإحرامٍ واحِدٍ.

وإنّما كان القِرانُ أفضلَ من التّمَتُّعِ؛ لأنّ القارِنَ [4]، حَجَّتُه وعُمْرَتُه آفاقيّتانِ؛ لأنّه يُحْرِمُ بكُلِّ واحِدةٍ [5] منهما من الآفاقِ، والمُتَمَتِّعُ عُمْرَتُه آفاقيّةٌ، وحَجَّتُه مَكّيّةٌ؛ لأنّه يُحرِمُ بالعُمْرةِ من الآفاقِ، وبِالحجَّةِ من مكّةَ. والحجَّةُ الآفاقيّةُ أفضلُ من الحجّةِ المكّيّةِ لقوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة:١٩٦]، ورَوَيْنا عن عَليٍّ، وابنِ مسعودٍ رضي الله عنهما أنّهما قالا: إتمامُهما أنْ تُحْرِمَ بهما من دوَيْرةِ أهلك، وما (كان أتَمّ) [6] فهو أفضلُ.

وأمّا ما رَواه الشّافعيُّ فالمشهورُ ما رَوَيْنا، والعملُ بالمشهورِ أولى مع ما أنّ فيما رَوَيْنا زيادةً ليستْ في روايتِه. والزّيادةُ بروايةِ العدْلِ مقبولةٌ على أنّا نَجمَعُ بين الرّوايتيْنِ على ما هو الأصلُ عندَ تعارُضِ الدّليلينِ أنّه يُعملُ بهما بالقدرِ المُمْكِنِ، فنقول: كان رسولُ اللّه ﷺ قارِنًا لكنّه كان يُسَمّي العُمْرةَ والحجّةَ في التّلْبيةِ بهما مرّةً، وكان ﷺ يُلَبّي بهما لكنّه

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: قول النبي ﷺ: العقيق واد مبارك، حديث (١٥٣٤)، وأبو داود (١٨٠٠)، وابن ماجه (٢٩٧٦)، والبيهقي في السنن (٥/ ١٣)، (٨٦٢٩)، من حديث ابن عباس.

(٣) أخرجه أحمد، (١٥٢٧٠)، وذكره الهيثمي في المجمع (٥٦٥٤)، من حديث عامر بن ربيعة، وقال: وفيه عاصم بن عبيد الله وهو ضعيف، وله أصل عند الترمذي في كتاب: الحج، باب ما جاء في ثواب الحج والعمرة، حديث (٨١٠)، والنسائي (٢٦٣١)، من حديث ابن مسعود، وابن ماجه (٢٨٨٧)، من حديث عمر، وهو صحيح كما في صحيح الجامع (٢٩٠١)، وفيه: «تابعوا بين الحج والعمرة فإنهما ينفيان الفقر والذنوب»، وليس فيه: «تزيد في العمر».

(٤) في المخطوط: «القران».

(٥) في المخطوط: «واحد».

(٦) في المخطوط: «ذكرتم».

كان يُسَمِّي بإحداهما مرّةً، إذْ تسميةُ ما يُحْرِمُ به في التّلْبيةِ ليس بشرطٍ لصِحَّةِ التّلْبيةِ فراوِي الإفرادِ سَمِعَه يُسَمِّي الحجَّةَ في التّلْبيةِ فبَنَى الأمرَ على الظّاهرِ، فظَنّه مُفْرِدًا فروَى الإفرادَ، وراوِي القرانِ وقَفَ على حقيقةِ الحالِ فروَى القرانَ.

فصلٌ [في بيان حكم المحصر]

وأمّا بيانُ حكمِ المُحْرِمِ إذا مُنِعَ عن المُضيِّ في الإحرامِ، وهو المُسَمَّى بالمُحْصَرِ في عُرْفِ الشّرعِ فالكلامُ في الإحصارِ في الأصلِ في ثلاثِ مواضعَ: في تفسيرِ الإحصارِ أنّه ما هوَ، ومِمَّ يكونُ، وفي بيانِ حكمِ الإحصارِ، وفي بيانِ حكمِ زَوالِ الإحصارِ.

أمّا الأوّلُ: فالمُحْصَرُ في اللُّغةِ هو الممنوعُ، والإحصارُ هو المنْعُ، وفي عُرْفِ الشّرعِ هو اسمٌ لمَنْ أحرم ثمّ مُنِعَ عن المُضيِّ في موجَبِ الإحرامِ، سَواءٌ كان المنْعُ من العدوِّ أو المرَضِ أو الحبْسِ أو الكسرِ أو العرَجِ، وغيرِها من الموانِعِ من إتمامِ ما أحرم به حقيقةً أو شرعًا، وهذا قولُ أصحابِنا[(١)].

وقال الشّافعيُّ: لا إحصار إلاّ من العدوِّ[(٢)]، ووجه قولِه أنّ آيةَ الإحصارِ، وهي قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة:١٩٦] نزلتْ في أصحابِ رسولِ اللّه ﷺ حينَ أُحْصِروا من العدوِّ، وفي آخِرِ الآيةِ الشّريفةِ دليلٌ عليه، وهو قولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَإِذَآ أَمِنتُمْ﴾ [البقرة:١٩٦] والأمانُ من العدوِّ يكونُ. ورُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ، وابنِ عمرَ رضي الله عنهما أنّهما قالا: لا حَصْرَ إلاّ (من عَدوٍّ) [(٣)].

[ولَنَا عُمومُ قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة:١٩٦]، والإحصارُ هو المنْعُ، والمنْعُ كما يكونُ من العدوِّ] [(٤)] يكونُ من المرَضِ وغيرِه، والعِبْرةُ بعُمومِ اللّفْظِ عندَنا لا بخُصُوصِ السّبَبِ؛ (إذِ الحكمُ) [(٥)] يَتْبَعُ اللّفْظَ لا السّبَبَ [في الممنوع بسبب

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: فتح القدير (٣/ ١٢٤).

(٢) في بيان مذهب الشافعية: قال الشافعي - رحمه الله -: لا يكون الإحصار إلا بالعدو ولنا أن آية الإحصار وردت في الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة فإنهم قالوا: الإحصار بالمرض والحصر بالعدو، والتحلل قبل أوانه لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الإحرام والحرج في الاصطبار عليه مع المرض أعظم، انظر المجموع (٨/ ٢٩٨).

(٣) في المخطوط: «عن العدو».

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) في المخطوط: «لأن الحكم».

المرض] (١). وعن الكِسائيّ، وأبي مُعاذٍ أنّ الإحصار من المرَضِ، والحصْرَ من العدوِّ. فعلى هذا كانتِ الآيةُ خاصّةً في الممنوعِ بسببِ المرَضِ. وأمّا قولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَإِذَآ أَمِنتُمْ﴾ [البقرة:١٩٦] فالجوابُ عن التّعلّقِ به من وجهينِ:

أحدُهما: أنّ الأمنَ كما يكونُ من العدوِّ يكونُ من زَوالِ المرَضِ؛ لأنّه إذا زالَ مرَضُ الإنسانِ أمِنَ الموتَ منه أو أمِنَ زيادةَ المرَضِ. وكذا بعضُ الأمراضِ قد تكونُ أمانًا من البعضِ [١/ ٢٤٩ب] كما قال النّبيُّ ﷺ: «**الزُّكامُ أمانٌ من الجُذامِ**»(٢).

والثّاني: أنّ هذا يَدُلُّ على أنّ المُحْصَرَ من العدوِّ مُرادٌ من الآيةِ [الشّريفةِ]، وهذا لا يَنْفي كونَ المُحْصَرِ من المرَضِ مُرادًا منها.

وما رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ، وابنِ عمرَ رضي الله عنهما أنّه إنْ ثبت فلا يجوزُ أنْ يُنْسَخَ به مُطْلَقُ الكتابِ، كيف وإنّه لا يُرى نَسخُ الكتابِ بالسّنّةِ، وقد رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ قال: «**مَنْ كُسِرَ أو عَرَجَ فقد حَلَّ، وعليه الحجُّ من قابِلٍ**»(٣)، وقولُه حَلَّ، أي: جاز له أنْ يَحِلَّ بغيرِ دَمٍ؛ لأنّه لم يُؤْذَنْ له بذلك شرعًا، وهو كقولِ النّبيِّ ﷺ: «**إذا أقبَلَ الليلُ من ههنا وأدبرَ النّهارُ من ههنا فقد أفطرَ الصّائمُ**»(٤)، ومعناه: أي حَلَّ له الإفطارُ فكذا ههنا معناه حَلَّ له أنْ يَحِلَّ، ولأنّه إنّما صار مُحْصَرًا من العدوِّ، ومن خِصالِه التّحَلُّلُ لمعنًى هو موجودٌ في المرَضِ وغيرِه، وهو الحاجةُ إلى التّرْفيه، والتّيْسيرِ لما يلحَقُه من الضّرَرِ والحرَجِ بإبقائه على الإحرامِ مُدَّةً مَديدةً. والحاجةُ إلى التّرْفيه والتّيْسيرِ مُتَحَقِّقةٌ في المريضِ ونحوِه، فيتحَقَّقُ

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك (٤/ ٤٥٦)، (٨٢٦٢)، من حديث عائشة، وهو موضوع كما في السلسلة الضعيفة (١٩٠)، وفيه «ما من أحد إلا في رأسه عرق من الجذام تنعر فإذا هاج سلط الله عليه الزكام فلا تداووا له».

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب: المناسك، باب: الإحصار، حديث (١٨٦٢)، والترمذي (٩٤٠)، والنسائي (٢٨٦٠)، وابن ماجه (٣٠٧٧)، والحاكم في المستدرك (١/ ٦٤٢)، (١٧٢٥)، والبيهقي في السنن (٥/ ٢٢٠)، (٩٨٧٨)، والدارقطني (٢/ ٢٧٧)، (١٩١)، من حديث الحجاج بن عمرو الأنصاري، وهو صحيح كما في صحيح الجامع (٦٥٢١)، وكسر: أصابه كسر في عظامه، وعرج: أصابه عرج ولم يكن أصل فيه.

(٤) أخرجه البخاري في كتاب: الصوم، باب: متى يحل فطر الصائم، حديث (١٩٥٤)، ومسلم في كتاب: الصيام، باب: بيان وقت انقضاء الصوم، حديث (١١٠٠)، والترمذي (٦٩٨)، وابن خزيمة (٣/ ٢٧٣)، (٢٠٥٨)، من حديث عمر بن الخطاب.

الإحصارُ، ويَثْبُتُ موجَبُه بل أولى؛ لأنّه يملِكُ دَفْعَ شَرِّ العدوِّ عن نفسِه بالقِتالِ فيدفَعُ الإحصار عن نفسِه، ولا يُمْكِنُه دَفْعُ المرَضِ عن نفسِه فلَمَّا جُعِلَ ذلك عُذْرًا فلأَنْ يُجْعَلَ هذا عُذْرًا أولى، واللهُ أعلَمُ.

وسَواءٌ كان العدوُّ المانِعُ كافرًا أو مسلمًا لتَحَقُّقِ الإحصارِ منهما، وهو المنْعُ عن المُضيِّ في موجَبِ الإحرامِ فيدخلُ تحت عُمومِ الآيةِ. وكذا ما ذكرنا من المعنى الموجِبِ لثُبوتِ حكمِ الإحصارِ، وهو إباحةُ التّحَلُّلِ[1]، وغيرُه لا يوجِبُ الفصلَ بين الإحصارِ من المسلمِ ومن الكافرِ. ولو سُرِقَتْ نَفَقَتُه أو هَلَكَتْ راحِلَتُه، فإنْ كان لا يقدِرُ على المشيِ فهو مُحْصَرٌ؛ لأنّه مُنِعَ من المُضيِّ في موجَبِ الإحرامِ فكان مُحْصَرًا كما لو مَنَعَه المرَضُ، وإنْ كان يقدِرُ على المشيِ، فليس بمُحْصَرٍ؛ لأنّه قادِرٌ على المُضيِّ في موجَبِ الإحرامِ فلا يجوزُ له التّحَلُّلُ، ويجبُ عليه المشيُ إلى الحجِّ إنْ كان مُحْرِمًا بالحجِّ، ويجوزُ أنْ لا يجبَ على الإنسانِ المشيُ إلى الحجِّ ابتِداءً، ويجبُ عليه بعدَ الشُّروعِ فيه كالفقيرِ الذي لا زادَ له ولا راحِلةَ، شَرَعَ في الحجِّ أنّه يجبُ عليه المشيُ، وإنْ كان لا يجبُ عليه ابتِداءً قبلَ الشُّروعِ كذا هذا.

قال أبو يوسفَ: فإنْ قَدَرَ على المشيِ في الحالِ، وخافَ أنْ يَعجِزَ جاز له التّحَلُّلُ؛ لأنّ المشيَ الذي لا يوصِلُه إلى المناسِكِ، وُجودُه والعدَمُ بمنزلةٍ واحِدةٍ فكان مُحْصَرًا فيجوزُ له التّحَلُّلُ، كما لو لم يقدِرْ على المشيِ أصلاً، وعلى هذا يُخَرَّجُ المرأةُ إذا أحرمت ولا زَوْجَ لها ومعها محرَمٌ فماتَ محرَمُها، أو أحرمت ولا محرم معها، ولكنْ معها زَوْجُها فماتَ زَوْجُها أنّها مُحْصَرةٌ؛ لأنّها مَمنوعةٌ شرعًا من المُضيِّ في موجَبِ الإحرامِ بلا زَوْجٍ ولا محرَم، وعلى هذا يُخَرَّجُ ما إذا أحرمت بحَجّةِ التّطَوُّعِ، ولها محرَمٌ وزَوْجٌ فمَنَعَها زَوْجُها: أنّها مُحْصَرةٌ؛ لأنّ للزّوْجِ أنْ يمنَعَها من حَجّةِ التّطَوُّعِ كما (أنّ له)[2] أنْ يمنَعَها عن صومِ التّطَوُّعِ فصارتْ مَمْنوعةً شرعًا بمَنْعِ الزّوْجِ فصارتْ مُحْصَرةً كالممنوعِ حقيقةً بالعدوِّ وغيرِه. وإنْ أحرمت ومعها محرَمٌ، وليس لها زَوْجٌ فليستْ بمُحْصَرةٍ؛ لأنّها غيرُ مَمْنوعةٍ عن المُضيِّ في موجَبِ الإحرامِ حقيقةً، وشرعًا، وكذلك إذا كان لها محرَمٌ ولها

---

(١) في المخطوط: «التحليل».
(٢) في المخطوط: «له أن».

زَوْجٌ فأحرمت بإذنِ الزّوْجِ: أنّها لا تكونُ مُحْصَرةً، وتَمْضي في إحرامِها؛ لأنّ الزّوْجَ أسقَطَ حَقَّ [١] نفسِه بالإذنِ، وإنْ أحرمت وليس لها محرَمٌ، فإنْ لم يكنْ لها زَوْجٌ فهي مُحْصَرةٌ؛ لأنّها مَمْنوعةٌ من [٢] المُضيِّ في موجَبِ الإحرام بغيرِ [٣] زَوْجٍ ولا محرَمٍ، وإنْ كان لها زَوْجٌ، فإنْ أحرمت بغيرِ إذنِه فكذلك لأنّها مَمْنوعةٌ عن المُضيِّ بغيرِ إذنِ الزّوْجِ، وإنْ أحرمت بإذنِه لا تكونُ مُحْصَرةً؛ لأنّها غيرُ مَمْنوعةٍ، وإنْ أحرمت بحَجّةِ الإسلامِ، ولا محرم لها، ولا زَوْجَ فهي مُحْصَرةٌ؛ لأنّها مَمْنوعةٌ عن المُضيِّ في موجَبِ الإحرامِ لحَقِّ اللَّه تعالى، وهذا المنْعُ أقوَى من مَنْعِ العِبادِ.

وإنْ كان لها محرَمٌ وزَوْجٌ، ولها استِطاعةٌ عندَ خُروجِ أهلِ بَلَدِها فليستْ بمُحْصَرةٍ؛ لأنّه ليس للزَّوْجِ أنْ يمنَعَها من الفرائضِ كالصّلواتِ المكتوبةِ، وصومِ رمضانَ. وإنْ كان لها زَوْجٌ، ولا محرم معها فمَنَعَها الزّوْجُ فهي مُحْصَرةٌ في ظاهرِ الرّوايةِ؛ لأنّ الزّوْجَ لا يُجْبَرُ على الخروجِ، ولا يجوزُ لها الخروجُ بنفسِها، ولا يجوزُ للزَّوْجِ أنْ يأذَنَ لها بالخروجِ. ولو أذِنَ (لا يَعملُ) [٤] إذنُه فكانتْ مُحْصَرةً، وهل للزَّوْجِ أنْ يُحَلِّلَها رُوِيَ عن أبي حنيفةَ: أنّ له أنْ يُحَلِّلَها؛ لأنّها لَمّا صارتْ مُحْصَرةً مَمْنوعةً عن الخروجِ والمُضيِّ بمَنْعِ الزّوْجِ، صار هذا كحَجِّ التّطوُّعِ، وهناك للزَّوْجِ أنْ يُحَلِّلَها، فكذا هذا.

ولو أحرم العبدُ والأمةُ بغيرِ إذنِ المولى فهو مُحْصَرٌ؛ لأنّه مَمْنوعٌ عن المُضيِّ بغيرِ إذنِه، وللمولى أنْ يُحَلِّلَه، وإنْ كان بإذنِه فللمولى أنْ يمنَعَه إلاّ أنّه يُكْرَه له ذلك؛ لأنّه خُلْفٌ في الوَعدِ، ولا يكونُ الحاجُّ مُحْصَرًا بعدَ ما وقَفَ بعَرَفةَ، ويبقى مُحْرِمًا عن [١/ ٢٥٠أ] النِّساءِ إلى أنْ يَطوفَ طَوافَ الزِّيارةِ، وإنّما قلنا: إنّه لا يكونُ مُحْصَرًا لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ [البقرة:١٩٦] أي: فإنْ أُحْصِرْتُم عن إتمامِ الحجِّ والعُمْرةِ؛ لأنّه مَبنيٌّ على قولِه: ﴿وَأَتِمُّوا ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة:١٩٦]، وقد تَمَّ حَجُّه بالوُقوفِ لقولِه ﷺ: «الحج عرفة» [٥] فمَنْ وقَفَ بعَرَفةَ فقد تَمَّ حَجُّه، وبعدَ تَمامِ الحجِّ لا يتحَقَّقُ الإحصارُ، ولأنّ

(١) في المخطوط: «عن».
(٢) في المخطوط: «عن».
(٣) في المخطوط: «من غير».
(٤) في المخطوط: «لا يعد».
(٥) أخرجه أبو داود، كتاب المناسك، باب: من لم يدرك عرفة، حديث (١٩٤٩)، والترمذي، حديث (٨٨٩)، والنسائي، حديث (٣٠٤٤)، وابن ماجه، حديث (٣٠١٥) من حديث عبد الرحمن بن يعمر بهذا اللفظ، وعند أبي داود بلفظ: «الحج يوم عرفة» وهو حديث صحيح. وانظر صحيح الجامع (٣١٧٢)، والإرواء (١٠٦٤)، المشكاة (٢٧١٤).

المُحْصَرَ اسمٌ لفائتِ الحجِّ، وبعدَ وُجودِ الرّكْنِ الأصليِّ، وهو الوُقوفُ لا يُتَصَوّرُ الفواتُ فلا يكونُ مُحْصَرًا، ولكنّه يبقى مُحْرِمًا عن النِّساءِ إلى أنْ يَطوفَ طَوافَ الزِّيارةِ؛ لأنّ التّحَلُّلَ عن النِّساءِ لا يحصُلُ بدونِ طَوافِ الزِّيارةِ.

فإنْ مُنِعَ حتّى مَضَى أيّامُ النّحْرِ، والتّشْريقِ، ثمّ خُلِّيَ سبيلُه: يسقُطُ [1] عنه الوُقوفُ بمُزْدَلِفةَ ورَمْيُ الجِمارِ، وعليه دَمٌ لتركِ الوُقوفِ بمُزْدَلِفةَ، ودَمٌ لتركِ الرّمْيِ؛ لأنّ كُلَّ واحِدٍ منهما واجبٌ، وعليه أنْ يَطوفَ طَوافَ الزِّيارةِ، وطَوافَ الصّدْرِ، وعليه لتَأخيرِ طَوافِ الزِّيارةِ عن أيّامِ النّحْرِ دَمٌ عندَ أبي حنيفةَ وكذا عليه لتَأخيرِ الحلْقِ عن أيّامِ النّحْرِ دَمٌ عندَه. وعندَهما لا شيءَ عليه، والمسألةُ مَضَتْ في موضِعِها.

ولا إحصار بعدَ ما قَدِمَ مكّةَ أو الحرم إنْ كان لا يُمْنَعُ من الطّوافِ، ولم يذكرْ في الأصلِ أنّه إنْ مُنِعَ من الطّوافِ، ماذا حكمُه؟.

وذكر الجصّاصُ أنّه إنْ قَدَرَ على الوُقوفِ والطّوافِ جميعًا أو قَدَرَ على أحدِهِما فليس بمُحْصَرٍ، وإنْ لم يقدِرْ على واحِدٍ منهما فهو مُحْصَرٌ. ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه لا يكونُ الرّجُلُ مُحْصَرًا بعدَ ما دخل الحرم إلاّ أنْ يكونَ بمكّةَ عَدوٌّ غالِبٌ يَحولُ بينه وبين الدُّخولِ إلى مكّةَ كما حالَ المشرِكونَ بين رسولِ اللّه ﷺ وبين دخولِ مكّةَ، فإذا كان كذلك فهو مُحْصَرٌ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه قال: سَألتُ أبا حنيفةَ، هل على أهلِ مكّةَ إحصارٌ؟ فقال: لا، فقُلْتُ: كان رسولُ اللّه ﷺ أُحْصِرَ بالحُدَيْبيةِ، فقال: كانتْ مكّةُ إذْ ذاكَ حَرْبًا، وهي اليومَ دارُ إسلامٍ، وليس فيها إحصارٌ.

والصّحيحُ ما ذكره الجصّاصُ من التّفْصيلِ أنّه إنْ كان يقدِرُ على الوُقوفِ أو على الطّوافِ لا يكونُ مُحْصَرًا، وإنْ لم يقدِرْ على واحِدٍ منهما يكونُ مُحْصَرًا، أمّا إذا كان يقدِرُ على الوُقوفِ فلِما ذكرنا.

وأمّا إذا كان يَصِلُ إلى الطّوافِ فلأنّ التّحَلُّلَ بالدّمِ إنّما رُخِّصَ للمُحْصَرِ لتَعذُّرِ الطّوافِ قائمًا مَقامه، بَدَلاً عنه، بمنزِلةِ فائتِ الحجِّ أنّه يتحَلَّلُ بعَمَلِ العُمْرةِ، وهو الطّوافُ فإذا قَدَرَ على الطّوافِ فقد قَدَرَ على الأصلِ فلا يجوزُ التّحَلُّلُ. وأمّا إذا لم يقدِرْ على الوُصولِ إلى

---

(١) في المخطوط: «سقط».

أحدِهِما فلأنّه في حكمِ المُحْصَرِ في الحِلِّ فيجوزُ له (أنْ يتحَلَّلَ) (١)، واللَّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

ثمّ الإحصارُ كما يكونُ عن الحجِّ يكونُ عن العُمْرةِ عندَ عامَّةِ العُلَماءِ. وقال بعضُهم: لا إحصار عن العُمْرةِ.

(وجه قوله): أنّ الإحصار لخَوْفِ الفوتِ، والعُمْرةُ لا تحتمِلُ الفوتَ؛ لأنّ سائرَ الأوقات وقتٌ لها، فلا يُخافُ فوتُها بخلافِ الحجِّ فإنّه يحتَمِلُ الفوتَ فيتحَقَّقُ الإحصارُ عنه.

(ولَنا): قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة:١٩٦] عَقيبَ قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة:١٩٦] فكان المُرادُ منه - واللهُ أعلَمُ - فإنْ أُحْصِرْتُم عن إتمامِهِما فما استَيْسَرَ من الهدْيِ. ورُوِيَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ وأصحابَه رضي الله عنهم حُصِروا بالحُدَيْبيةِ فحالَ كُفَّارُ قُرَيْشٍ بينهم وبين البيتِ، وكانوا مُعتَمِرينَ فنَحَروا هَدْيَهم، وحَلَقوا رُءُوسَهم، وقضَى رسولُ اللَّه ﷺ وأصحابُه عُمْرَتَهم في العامِ القابِلِ حتّى سُمِّيَتْ عُمْرةَ القضاءِ، ولأنّ التّحَلُّلَ بالهدْيِ في الحجِّ لمعنًى هو موجودٌ في العُمْرةِ، وهو ما ذكرنا من التّضَرُّرِ بامتِدادِ الإحرامِ، واللهُ أعلَمُ.

فصلٌ [في حكم الإحصار]

وأمَّا حكمُ الإحصارِ فالإحصارُ يتعَلَّقُ به أحكامٌ، لكنّ الأصلَ فيه حكمانِ أحدُهما: جوازُ التّحَلُّلِ عن الإحصارِ والثّاني: وُجوبُ قضاءِ ما أحرم به بعدَ التّحَلُّلِ.

أمَّا جوازُ التّحَلُّلِ فالكلامُ فيه في مواضعَ: في تفسيرِ التّحَلُّلِ، وفي بيانِ جوازِه، وفي بيانِ ما يتحَلَّلُ به، وفي بيانِ مكانِه وفي بيانِ زَمانِه، وفي بيانِ حكمِ التّحَلُّلِ.

أمّا الأوّل: فالتّحَلُّلُ: هو فسخُ الإحرامِ، والخروجُ منه بالطّريقِ الموضوعِ له شرعًا وأمّا دليلُ جوازِه فقولُه تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة:١٩٦] وفيه إضمارٌ ومعناه - واللهُ أعلَمُ -: فإنْ أُحْصِرْتُم عن إتمامِ الحجِّ والعُمْرةِ، وأرَدْتُم أنْ تَحِلُّوا فاذْبَحوا ما تَيسَّرَ من الهدْيِ، إذِ الإحصارُ نفسُه لا يوجِبُ الهدْيَ.

---

(١) في المخطوط: «التحلل».

ألا ترى أنّ له أنْ لا يتحَلَّلَ ويبقى مُحْرِمًا كما كان إلى أنْ يزولَ المانِعُ فيمضيَ في موجِبِ الإحرامِ، وهو كقولِه تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ﴾ [البقرة :١٩٦] معناه: فمَنْ كان منكم مريضًا، أو به أذًى من رأسِه فحلَقَ ففِدْيةٌ، وإلاَّ فكونُ الأذى في رأسِه لا يوجِبُ الفِدْيةَ. وكذا قوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة :١٨٤] معناه: فأفطرَ؛ فعِدَّةٌ من أيّامٍ أُخَرَ، وإلاَّ فنفسُ المرَضِ والسّفَرِ لا يوجِبُ الصّومَ في عِدَّةٍ من أيّامٍ أُخَرَ. وكذا [١/ ٢٥٠ب] قولُه: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة :١٧٣] معناه: فأكل فلا إثْمَ عليه، وإلاَّ فنفسُ الاضْطِرارِ لا يوجِبُ الإثمَ كذا ههنا؛ ولأنّ المُحْصَرَ مُحْتاجٌ إلى التّحلُّلِ؛ لأنّه مُنِعَ عن المُضيِّ في موجِبِ الإحرامِ على وجهٍ لا يُمْكِنُه الدّفْعَ، فلو لم يَجز له التّحلُّلُ لَبَقيَ مُحْرِمًا لا يَحِلُّ له ما حَظَرَه الإحرامُ إلى أنْ يزولَ المانِعُ فيمضيَ في موجِبِ الإحرامِ، وفيه من الضّرَرِ والحرَجِ ما لا يخفى فمَسَّتِ الحاجةُ إلى التّحلُّلِ والخروجِ من الإحرامِ دَفْعًا للضّرَرِ [(١)] والحرَجِ. وسَواءٌ كان الإحصارُ عن الحجِّ، أو عن العُمْرةِ، أو عنهما عندَ عامَّةِ العُلَماءِ لما ذكرنا واللَّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

وَأمَّا بيانُ ما يتحَلَّلُ به فالمُحْصَرُ نوعانِ: نوعٌ لا يتحَلَّلُ إلاَّ بالهدْيِ، ونوعٌ يتحَلَّلُ بغيرِ الهدْيِ.

أمَّا الذي لا يتحَلَّلُ إلاَّ بالهدْيِ: فكُلُّ مَنْ مُنِعَ من المُضيِّ في موجِبِ الإحرامِ حقيقةً، أو مُنِعَ منه شرعًا حَقًّا للَّه تعالى لا لحَقِّ العبدِ على ما ذكرنا، فهذا لا يتحَلَّلُ إلاَّ بالهدْيِ وهو: أنْ يَبْعَثَ بالهدْيِ أو بثَمَنِه ليَشْتَريَ به هَدْيًا فيُذْبَحَ عنه، وما لم يُذْبَحْ لا يَحِلُّ. وهذا قولُ عامَّةِ العُلَماءِ سَواءٌ كان شَرَطَ عندَ الإحرامِ الإحلالَ بغيرِ ذَبْحٍ عندَ الإحصارِ، أو لم يَشْتَرِطْ.

وقال بعضُ النّاسِ: المُحْصَرُ يَحِلُّ بغيرِ هَدْيٍ، إلاَّ إذا كان معه هَدْيٌ فيَذْبَحُه. ويَحِلُّ وقيلَ: إنّه قولُ مالِكٍ.

وقال بعضُهم: إنْ كان لم يَشْتَرِطْ عندَ الإحرامِ الإحلالَ عندَ الإحصارِ من غيرِ هَدْيٍ لا

---

(١) في المخطوط: «لهذا الضرر».

يَحِلُّ إلاَّ بالهدْيِ . وإنْ كان شَرَطَ عندَ الإحرام الإحلالَ [عندَ الإحصارِ] (١) من غيرِ هَدْيِ (لا يَحِلُّ إلاَّ بالهدْيِ احتجَّ مَنْ قال بالتّحَلُّلِ) (٢) من غيرِ هَدْيِ بما رُوِيَ : أنّ رسولَ اللّه ﷺ حَلَّ عامَ الحُدَيْبيةِ عن إحصارِه بغيرِ هَدْيِ ؛ لأنّ الهدْيَ الذي نَحَرَه كان هَدْيًا ساقَه لعُمْرَتِه لا لإحصارِه، فنَحَرَ هَدْيَه على النِّيّةِ الأُولى، وحَلَّ من إحصارِه بغيرِ دَمِ، فدَلَّ أنّ المُحْصَرَ يَحِلُّ بغيرِ هَدْيِ يُحَقِّقُ ما قلنا : إنّه ليس في حديثِ صُلْحِ الحُدَيْبيةِ أنّه نَحَرَ دَمَيْنِ، وإنّما نَحَرَ دَمًا واحِدًا . ولو كان المُحْصَرُ لا يَحِلُّ إلاَّ بدمٍ لَنَحَرَ دَمَيْنِ، وأنّه غيرُ مَنْقولٍ .

(ولَنَا): قوله تعالى : ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ﴾[البقرة: ١٩٦] معناه : حتّى يَبْلُغَ الهدْيُ مَحِلَّه فيُذْبَحَ، نَهَى عَزَّ وجَلَّ عن حَلْقِ الرّأسِ قبلَ ذَبْحِ الهدْيِ في مَحِلِّه، وهو الحرَمُ من غيرِ فصلٍ بين ما إذا كان معه هَدْيٌ وقتَ الإحصارِ أم لا، شَرَطَ المُحْصَرُ عندَ الإحرامِ الإحلالَ عندَ الإحصارِ أو لم يَشرِطْ، فيَجْري على إطلاقِه، ولأنّ شرعَ التّحَلُّلِ ثبت بطَريقِ الرّخصةِ لما فيه من فسخِ الإحرامِ والخروجِ منه قبلَ أوانِه، فكان ثُبوتُه بطَريقِ الضّرورةِ، والضّرورةُ تندَفِعُ بالتّحَلُّلِ بالهدْيِ، فلا يَثْبُتُ التّحَلُّلُ بدونِه .

وأمّا الحديثُ فليس فيه ما يَدُلُّ على أنّ النّبيّ ﷺ حَلَّ عامَ الحُدَيْبيةِ عن إحصارِه بغيرِ هَدْيِ، إذْ لا يُتوهَّمُ على النّبيِّ ﷺ أنْ يكونَ حَلَّ من إحصارِه بغيرِ هَدْيِ (٣) . واللّه تعالى أمرَ المُحْصَرَ أنْ لا يَحِلَّ حتّى يَنْحَرَ هَدْيَه بنَصِّ الكتابِ [العزيزِ] (٤) . ولكنّ وجهَ ذلك - واللّهُ أعلَمُ وهو معنى المروِيِّ في حديثِ صُلْحِ الحُدَيْبيةِ - أنّه نَحَرَ دَمًا واحِدًا أنّ الهدْيَ الذي كان ساقَه النّبيُّ ﷺ كان هَدْيَ مُتْعةٍ أو قِرانٍ، فلَمّا مُنِعَ عن البيتِ سَقَطَ عنه دَمُ القِرانِ فجاز له أنْ يجعلَه من دَمِ الإحصارِ .

فإنْ قِيلَ : كيف قُلْتُم : إنّ النّبيّ ﷺ صَرف الهدْيَ عن سبيلِه وأنْتُم تَزْعُمونَ أنّ مَنْ باع هَدِيّةَ التّطَوُّعِ فهو مُسيءٌ لما أنّه صَرفه عن سبيلِه، فالجوابُ : أنّه لا مُشابَهةَ بين الفصلينِ ؛ لأنّ الذي باعَه صَرفه عن (٥) سبيلِ التّقَرُّبِ به إلى اللّه تعالى رأسًا فأمّا النّبيُّ ﷺ فلم يصرِفِ الهدْيَ عن سبيلِ التّقَرُّبِ أصلاً ورأسًا، بل صَرفه إلى ما هو أفضلُ : وهو الواجبُ،

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط : «يحل».
(٣) في المخطوط : «دم».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط : «في».

وهو دَمُ الإحصارِ ومِمَّا يَدُلُّ على أنّ النّبيّ ﷺ جعل الهدْيَ لإحصارِه ما رُوِيَ أنّه لم يحلِقْ حتّى نَحرَ هَدْيَه. وقال: «أيها الناس [1] انحروا وحلوا» واللّه [عَزَّ وجَلَّ] أعلمُ.

وإذا لم يتحَلَّلْ إلاّ بالهدْيِ وأرادَ التّحَلُّلَ يجبُ أنْ يَبْعَثَ الهدْيَ، أو ثَمَنَه ليُشْترى به الهدْيُ فيُذْبَحُ عنه ويجبُ أنْ يواعِدَهم يومًا معلومًا يُذْبَحُ فيه؛ فيَحِلُّ بعدَ الذَّبحِ، ولا يَحِلُّ قبلَه، بل يحرُمُ عليه، كما يحرُمُ على المُحْرِمِ غيرِ المُحْصَرِ، فلا يحلِقُ رأسَه، ولا يَفْعَلُ شيئًا من محظوراتِ الإحرامِ حتّى يكونَ اليومُ الذي واعَدَهم فيه، ويَعلَمُ أنّ هَدْيَه قد ذُبِحَ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ﴾[البقرة: ١٩٦] حتّى لو فعل شيئًا من محظوراتِ الإحرامِ قبلَ ذَبْحِ الهدْيِ، يجبُ عليه ما يجبُ على المُحْرِمِ إذا لم يكنْ مُحْصَرًا، وسَنذكرُ ذلك - إنْ شاء اللّه تعالى - في موضِعِه حتّى لو حَلَقَ قبلَ الذَّبحِ [2]؛ تجبُ عليه الفِدْيةُ سَواءٌ حَلَقَ لغيرِ عُذْرٍ، أو لعُذْرٍ لقوله تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة:١٩٦] أي: فمَنْ كان منكم مريضًا أو به أذًى من رأسِه فحَلَقَ، ففِدْيةٌ من صيامٍ، أو صَدَقةٍ [١/ ٢٥١أ]، أو نُسُكٍ كقولِه تعالى: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة:١٨٤] أي: فأفطرَ فعِدَّةٌ من أيّامٍ أُخرَ.

وعن كعبِ بنِ عُجْرةَ قال: في نزلتِ الآيةُ، وذلك أنّ النّبيّ ﷺ مرَّ بي والقمْلُ يتناثرُ على وجهي فقال ﷺ: «أيُؤذيكَ هوامُ رأسِكَ؟» فقُلْت: نَعَم يا رسولَ اللّه ﷺ فقال ﷺ: «احلِقْ وأطعِم سِتَّةَ مَساكينَ لكُلِّ مِسكينٍ نصفُ صاعٍ من حِنطةٍ، أو صُم ثلاثةَ أيّامٍ، أو انسُكْ نَسيكةً فنزلتِ الآيةُ» [3] والنُّسُكُ جَمْعُ نَسيكةٍ، والنّسيكةُ الذَّبيحةُ، والمُرادُ منه الشّاةُ لإجماعِ المسلمينَ على أنّ الشّاةَ مُجزِئةٌ في الفِدْيةِ.

وفي بعضِ الرِّواياتِ أنّ رسولَ اللّه ﷺ قال لكَعبِ بنِ عُجْرةَ: «انسُكْ شاةً» وإذا وجبتِ الفِدْيةُ عليه إذا حَلَقَ رأسَه لأذًى بالنّصِّ، فيجبُ عليه إذا حَلَقَ لا لأذًى بدلالةِ النّصِّ؛ لأنّ العُذْرَ سببُ تخفيفِ الحكمِ في الجُمْلةِ، فلَمّا وجب في حالِ الضّرورةِ؛ ففي حالِ الاختيارِ

---

(١) أخرجه أحمد في «المسند»، (١٨٤٣١) من حديث مروان بن الحكم.
(٢) في المخطوط: «ذبح الهدي».
(٣) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب: المناسك، باب: في الفدية، برقم (١٨٥٦)، والنسائي برقم (٢٨٥١)، وانظر صحيح أبي داود.

أولى. وَلا يُجْزِئُ دَمُ الفِدْيةِ إلاَّ في الحرَمِ كدَمِ الإحصارِ، ودَمِ المُتْعةِ، والقرانِ.

وأمَّا الصّدَقةُ والصّومُ: فإنّهما يُجزيانِ حيث شاء[١]. وقال الشّافعيُّ: لا تُجْزِئُ الصّدَقةُ إلاَّ بمكّةَ[٢].

(وجه قوله): أنّ الهدْيَ يختَصُّ بمكّةَ، فكذا الصّدَقةُ، والجامعُ بينهما: أنّ أهلَ الحرَمِ يَنْتفِعونَ بذلك.

(ولَنَا): قوله تعالى: ﴿فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾[البقرة: ١٩٦] مُطْلَقًا عن المكانِ، إلاَّ أنّ النُّسُكَ قَيْدٌ بالمكانِ بدليلٍ فمَنِ ادَّعى تقييدَ الصّدَقةِ فعليه الدّليلُ. وأمّا قولُه: إنّ الهدْيَ إنّما اختصّ بالحرَمِ لِيَنْتفِعَ به أهلُ الحرَمِ فكذا الصّدَقةُ فنقول: هذا الاعتِبارُ فاسِدٌ؛ لأنّه لا خلافَ في أنّه لو ذَبحَ الهدْيَ في غيرِ الحرَمِ وتَصَدَّقَ بلَحمِه في الحرَمِ؛ أنّه لا يجوزُ. ولو ذَبحَ في الحرَمِ وتَصَدَّقَ به على غيرِ أهلِ الحرَمِ يجوزُ. والدّليلُ على التّفْرِقةِ بين الهدْيِ والإطعامِ: أنّ مَنْ قال: للَّه عَلَيّ أنْ أهديَ ليس له أنْ يَذْبحَ إلاَّ بمكّةَ.

ولو قال: للَّه عَلَيّ إطعامُ عشرةِ مَساكينَ، أو للَّه عَلَيّ عشرةُ دَراهِمَ صَدَقةً، له أنْ يُطْعِمَ، ويتصَدَّقَ حيث شاء، فدَلَّ على التّفْرِقةِ بينهما. ولو حَلَّ على ظَنٍّ أنّه ذُبِحَ عنه، ثمّ تَبَيّنَ أنّه لم يُذْبَحْ فهو مُحْرِمٌ كما كان، لا يَحِلُّ ما لم يُذْبَحْ عنه لعَدَمِ شرطِ الحِلِّ وهو: ذَبْحُ الهدْيِ وعليه لإحلالِه تَناوُلَ محظورِ إحرامِه دَمٌ؛ لأنّه جَنَى على إحرامِه فيلزَمُه الدّمُ كفّارةً لذَنْبه، ثمّ الهدْيُ: بَدَنةٌ، أو بَقرةٌ، أو شاةٌ، وأدناه شاةٌ لما رَوَيْنا. ولأنّ الهدْيَ في اللُّغةِ: اسمٌ لما يُهْدَى أي: يُبْعَثُ ويُنْقَلُ، وفي [عرف][٣] الشّرعِ: اسمٌ لما يُهْدَى إلى الحرَمِ. وكُلُّ ذلك مِمَّا يُهْدَى إلى الحرَمِ.

والأفضلُ هو البدنةُ، ثمّ البقرةُ لما ذكرنا في المُتَمَتّعِ ولِما رُوِيَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ لَمَّا أُحْصِرَ بالحُدَيْبيةِ نَحَرَ البُدْنَ، وكان يختارُ من الأعمالِ أفضلَها وإنْ كان قارِنًا لا يَحِلُّ إلاَّ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: تبيين الحقائق (٢/ ٥٦)، العناية شرح الهداية (٣/ ٧٨)، الجوهرة النيرة (١/ ١٨١)، فتح القدير (٣/ ٧٨)، درر الحكام (١/ ٢٦٢)، البحر الرائق (٣/ ١٥).

(٢) في بيان مذهب الشافعية يقول النووي: «إذا كان الواجب الإطعام بدلاً عن الذبح، وجب صرفه على مساكين الحرم، سواء المستوطنون والطارئون»، انظر المجموع (٧/ ٤٨٣)، الأم (٢/ ٢٠٢)، أسنى المطالب (١/ ٥١٧)، مغني المحتاج (٢/ ٣١١)، تحفة الحبيب (٢/ ٤٧٤)، التجريد لنفع العبيد (٢/ ١٥٧).

(٣) زيادة من المخطوط.

بدمَيْنِ عندَنا[١]. وعندَ الشّافعيِّ: يَحِلُّ بدمٍ واحِدٍ[٢]، بناءً على أصلٍ ذكرناه فيما تقدَّمَ: إنّ القارِنَ مُحْرِمٌ بإحرامَيْنِ، فلا يَحِلُّ إلاَّ بهَدْيَيْنِ، وعندَه مُحْرِمٌ بإحرامٍ واحِدٍ ويدخلُ إحرامُ العُمْرةِ في الحجَّةِ فيَكْفيه دَمٌ واحِدٌ، ولو بَعَثَ القارِنُ بهَدْيَيْنِ ولم يُبَيِّنْ أيُّهما للحَجِّ، وأيُّهما للعُمْرةِ لم يَضُرَّه؛ لأنّ الموجِبَ لهما واحِدٌ، فلا يُشْتَرَطُ فيه تَعيينُ النِّيّةِ كقضاءِ يومَيْنِ من رمضانَ.

ولو [٣] بَعَثَ [القارِنُ] [٤] بهَدْيٍ واحِدٍ ليتحَلَّلَ من الحجِّ ويبقى في إحرامِ العُمْرةِ لم يتحَلَّلْ من واحِدٍ منهما؛ لأنّ تَحلُّلَ القارِنِ من أحدِ الإحرامَيْنِ مُتَعَلِّقٌ بتَحلُّلِه من الآخرِ؛ لأنّ الهدْيَ بَدَلٌ عن الطّوافِ ثمّ لا يتحَلَّلُ بأحدِ الطّوافَيْنِ عن أحدِ الإحرامَيْنِ، فكذا بأحدِ الهدْيَيْنِ. ولو كان أحرم بشيءٍ واحِدٍ لا يَنْوِي حَجَّةً ولا عُمْرةً ثمّ أُحْصِرَ يَحِلُّ بهَدْيٍ واحِدٍ وعليه عُمْرةٌ استحسانًا؛ لأنّ الإحرامَ بالمجهولِ صحيحٌ لما ذكرنا فيما تقدَّمَ، و[كان] البيانُ إليه إنْ شاء صَرفه إلى الحجِّ، وإنْ شاء إلى العُمْرةِ؛ لأنّه هو المُجْمِلُ فكان البيانُ إليه كما في الطّلاقِ وغيرِه.

والقياسُ: أنْ لا تتَعَيَّنَ العُمْرةُ بالإحصارِ لعَدَمِ التّعيينِ قولاً ولا فعلاً؛ لأنّ ذلك أنْ يَأخُذَ في عَمَلِ أحدِهِما، ولم يوجَدْ إلاَّ أنّهم استحسَنوا [٥] وقالوا: تَتَعَيَّنُ العُمْرةُ بالإحصارِ؛ لأنّ العُمْرةَ أقلُّهما، وهو مُتيَقَّنٌ.

ولو كان أحرم بشيءٍ واحِدٍ وسَمَّاه ثمّ نَسيَه وأُحْصِرَ يَحِلُّ بهَدْيٍ واحِدٍ، وعليه حَجَّةٌ وعُمْرةٌ أمَّا الحِلُّ بهَدْيٍ واحِدٍ؛ فلأنّه مُحْرِمٌ بإحرامٍ واحِدٍ، وأيُّهما كان فإنّه يَقَعُ التّحلُّلُ منه [٦] بدمٍ واحِدٍ. وأمَّا لُزومُ حَجّةٍ وعُمْرةٍ؛ فلأنّه يُحْتَمَلُ أنّه كان [قد] أحرم بحَجّةٍ،

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: تبيين الحقائق (٢/ ٧٩)، فتح القدير (٣/ ١٢٩)، البحر الرائق (٣/ ٥٩)، مجمع الأنهر (١/ ٣٠٦)، رد المحتار (٢/ ٥٩١).

(٢) في بيان مذهب الشافعية يقول الشيرازي: «من تحلل بالإحصار لزمه دم وهو شاة»، انظر المهذب مع المجموع (٨/ ٢٩٣)، الأم (٢/ ١٦٩)، أسنى المطالب (١/ ٥٢٥)، الغرر البهية (٢/ ٣٧٣)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١٨٤ - ١٨٥)، نهاية المحتاج (٣/ ٣٦٥)، تحفة الحبيب (٢/ ٤٦٧)، التجريد لنفع العبيد (٢/ ١٦٢).

(٣) في المخطوط: «فإن».

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) في المخطوط: «استحسنوه».

(٦) في المخطوط: «عنه».

ويُحْتَمَلُ بعُمْرةٍ، فإنْ كان إحرامُه بحَجَّةٍ فالعُمْرةُ (لا تَنوبُ مَنابَها) [١]، وإنْ كان بالعُمْرةِ فالحجَّةُ (لا تَنوبُ مَنابَها) [٢] فيلزَمُه أنْ يَجْمع بينهما احتياطًا ليُسقِطَ الفرضَ عن نفسِه بيَقينٍ كمَنْ نَسيَ صلاةً من الصّلواتِ الخمسِ، أنّه يجبُ عليه إعادةُ خمسِ صَلَواتٍ ليُسقِطَ الفرضَ عن نفسِه بيَقينٍ، كذا هذا.

وكذلك إنْ لم يُحْصَرْ ووَصَلَ فعليه حَجَّةٌ وعُمْرةٌ [١/ ٢٥١ب]، ويكونُ عليه ما على القارِنِ؛ لأنّه جَمع بين الحجِّ، والعُمْرةِ على طَريقِ النُّسُكِ.

وَأمّا مكانُ ذَبْحِ الهدْيِ فالحرَمُ عندَنا[٣].

وقال الشّافعيُّ: له أنْ يَذْبَحَ في الموضِعِ الذي أُحْصِرَ فيه[٤].

احتجَّ بما رُوِيَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ نَحَرَ الهدْيَ عامَ الحُدَيْبيةِ، ولم يَبْلُغْنا أنّه نَحرَ في الحرَمِ؛ ولأنّ التّحَلُّلَ بالهدْيِ ثبت رُخصةً وتَيْسيرًا. وذلك في الذَّبْحِ في أيِّ موضِعٍ كان.

(ولَنا): قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا۟ رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْهَدْىُ مَحِلَّهُۥ﴾[البقرة: ١٩٦] ولو كان كُلُّ موضِعٍ مَحِلًّا له لم يكنْ لذِكْرِ المحِلِّ فائدةٌ، ولأنّه عَزَّ وجَلَّ قال: ﴿ثُمَّ مَحِلُّهَآ إِلَى ٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج :٣٣] أي: إلى البُقْعةِ التي فيها البيتُ. بخلافِ قوله تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا۟ بِٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج :٢٩] أنّ المُرادَ منه نفسُ البيتِ؛ لأنّ هناك ذكر بالبيتِ وههنا ذكر إلى البيتِ. وأمّا ما رُوِيَ من الحديثِ فقد رُوِيَ في روايةٍ أُخرى أنّه نَحرَ هَدْيَه عامَ الحُدَيْبيةِ في الحرَمِ، فتعارضتِ الرّواياتُ، فلم يَصِحَّ الاحتِجاجُ به.

وعن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّ رسولَ اللَّه ﷺ نزل الحُدَيْبيةَ فحالَ المشرِكونَ بينه وبين دخولِ مكّةَ فجاء سُهيلُ بنُ عَمْرٍو يَعرِضُ عليه الصُّلْحَ وأنْ يسوقَ البُدْنَ ويَنْحَرَ حيث شاء، فصالَحه رسولُ اللَّه ﷺ ولا يُحْتَمَلُ أنْ يَنْحَرَ (رسولُ اللَّه ﷺ) [٥] بُدْنَه في الحِلِّ مع

---

(١) في المخطوط: «لا تقوم مقامها». (٢) في المخطوط: «لا تقوم مقامها».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٦٧)، الحجة (٢/ ١٩٥، ١٩٦)، مختصر الطحاوي ص (٧٢)، أحكام القرآن للجصاص (١/ ٢٧٢ - ٢٧٤)، متن القدوري ص (٣٢)، المبسوط (٤/ ١٠٦، ١٠٧).

(٤) مذهب الشافعية: يجوز للمحصر ذبح الهدي حيث أحصر، انظر: الأم (٢/ ١٥٩)، مختصر المزني ص (٧٢)، حلية العلماء (٢/ ٣٠٧)، المجموع شرح المهذب (٨/ ٢٩٨، ٢٩٩، ٣٠٣، ٣٥٥).

(٥) في المخطوط: «عليه السلام».

إمكانِ النّحْرِ في الحرَمِ، وهو بقربِ الحرَمِ بل هو فيه. ورُوِيَ عن مروانَ والمِسوَرِ بنِ مخرمةَ قالا: نزل رسولُ اللَّه ﷺ بالحُدَيْبيةِ في الحِلِّ وكان يُصلّي في الحرَمِ [(١)]، فهذا يَدُلُّ على أنّه كان قادِرًا على أنْ يَنْحَرَ بُدْنَه في الحرَمِ حيث كان يُصلّي في الحرَمِ، ولا يُحْتَمَلُ أنْ يَتْرُكَ نحرَ البُدْنِ [في الحرَمِ،] [(٢)] وله سبيلُ النّحْرِ في الحرَمِ؛ ولأنّ الحُدَيْبيةَ مكانٌ يَجْمَعُ الحِلَّ والحرم جميعًا، فلا يُحْتَمَلُ أنْ يَنْحَرَ في الحِلِّ مع كونِه قادِرًا على النّحْرِ في الحرَمِ، ولو حَلَّ من إحرامِه على ظَنِّ أنّهم ذَبحوا عنه في الحرَمِ ثمّ ظهر أنّهم ذَبحوا في غيرِ الحرَمِ فهو على إحرامِه، ولا يَحِلُّ منه إلاّ بذَبْحِ الهدْيِ في الحرَمِ لفقدِ شرطِ التّحَلُّلِ، وهو: الذّبْحُ في الحرَمِ، فبَقِيَ مُحْرِمًا كما كان وعليه لإحلالِه في تَناوُلِه محظوراتِ إحرامِه دَمٌ لما قلنا. وكذلك لو بَعَثَ الهدْيَ وواعَدَهم أنْ يَذْبَحوا عنه في الحرَمِ في يوم بعَيْنِه، ثمّ حَلَّ من إحرامِه على ظَنِّ أنّهم ذَبحوا عنه فيه، ثمّ تَبيّنَ أنّهم لم يَذْبَحوا، فإنّه يكونُ مُحْرِمًا لما قلنا. ولو بَعَثَ هَدْيَيْنِ وهو مُفْرِدٌ فإنّه يَحِلُّ من إحرامِه بذَبْحِ الأوّلِ منهما، ويكونُ الآخَرُ تَطَوُّعًا لوُجودِ شرطِ الحِلِّ عندَ وُجودِ ذَبْحِ الأوّلِ منهما. ولو كان قارِنًا لا يَحِلُّ إلاّ بذَبْحِهِما ولا يَحِلُّ بذَبْحِ الأوّلِ؛ لأنّ شرطَ الحِلِّ في حَقِّه الزّمانُ، فما لم يوجَدا لا يَحِلُّ. ولو أرادَ أنْ يتحَلَّلَ بالهدْيِ فلم يَجِدْ هَدْيًا يَبْعَثُ [(٣)]، ولا ثَمَنَه، هل يَحِلُّ بالصّومِ ويكونُ الصّومُ بَدَلاً عنه؟.

قال أبو حنيفةَ ومحمّدٌ: لا يَحِلُّ بالصّومِ وليس الصّومُ بَدَلاً عن هَدْيِ المُحْصَرِ، وهو ظاهرُ قولِ أبي يوسفَ. ويُقيمُ حَرامًا حتّى يُذْبَحَ الهدْيُ عنه في الحرَمِ، أو يَذْهَبَ إلى مكّةَ فيَحِلُّ من إحرامِه بأفعالِ العُمْرةِ وهو: الطّوافُ بالبيتِ، والسّعيُ بين الصّفا والمروةِ. ويحلِقُ أو يُقَصِّرُ كما يَفْعَلُه إذا فاتَه الحجُّ، وهو أحدُ قولي الشّافعيِّ.

[وقال عَطاءُ بنُ أبي رَباحٍ في المُحْصَرِ لا يَجِدُ الهدْيَ: قَوّمَ الهدْيَ طَعامًا وتَصدَّقَ به على المساكينِ، فإنْ لم يكنْ عندَه طَعامٌ صامَ لكُلِّ نصفِ صاعٍ يومًا، وهو مرويٌّ عن أبي يوسفَ [(٤)]. وقال الشّافعيُّ] [(٥)] في قولٍ: إنّ الهدْيَ للإحصارِ بَدَلاً، واختلف قولُه في

---

(١) لم أقف عليه. (٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «لا يبعث».

(٤) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٦٤)، أحكام القرآن للجصاص (١/ ٢٨٠)، المبسوط (٤/ ١١٣)، تحفة الفقهاء (١/ ٤١٧، ٤١٨)، حاشية ابن عابدين (٢/ ٢٣٩).

(٥) ليست في المخطوط.

ماهيّةِ البدلِ فقال في قولٍ: البدلُ هو الصّومُ مثلَ صومِ المُتْعةِ، وفي قولٍ: البدلُ هو الإطعامُ[1] وهل يقومُ الصّومُ [2] مَقامه؟ له فيه قولانِ.

(وجه قولِ مَنْ قال: إنّ له بَدَلًا): أنّ هذا دَمٌ يَقَعُ به التّحَلُّلُ، فجاز أنْ يكونَ له بَدَلٌ كدَمِ المُتْعةِ.

(ولَنَا): قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ﴾[البقرة: ١٩٦] أي: حتّى يَبْلُغَ الهدْيُ مَحِلَّه فيُذْبَحُ، نَهَى اللّه عن حَلْقِ الرّأسِ مَمْدودًا [3] إلى غايةِ ذَبْحِ الهدْيِ. والحكمُ الممدودُ إلى غايةٍ لا يَنْتَهي قبلَ وُجودِ الغايةِ، فيقتضي أنْ لا يتحَلَّلَ ما لم يَذْبَحِ الهدْيَ، سَواءٌ صامَ، أو أطعَمَ، أو لا. ولأنّ التّحَلُّلَ بالدّمِ قبلَ إتمامِ مواجبِ الإحرامِ عُرِفَ بالنّصِّ بخلافِ القياسِ، فلا يجوزُ إقامةُ غيرِه مَقامه بالرّأيِ. وَأَمّا الحلْقُ فليس بشرطٍ للتَّحَلُّلِ ويَحِلُّ المُحْصَرُ بالذَّبحِ بدونِ الحلْقِ في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، «وإنْ حَلَقَ فحَسَنٌ».

وقال أبو يوسفَ: «أرى عليه أنْ يحلِقَ، فإنْ لم يَفْعَلْ فلا شيءَ عليه»، ورُوِيَ عنه أنّه قال: «هو واجبٌ لا يسَعُه تركُه». وذكر الجصّاصُ وقال: «إنّما لا يجبُ الحلْقُ عندَهما إذا أُحْصِرَ في الحِلِّ؛ لأنّ الحلْقَ يختَصُّ بالحرَمِ. فأمّا إذا أُحْصِرَ في الحرَمِ: يجبُ الحلْقُ عندَهما».

احتَجَّ أبو يوسفَ بما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ حلَقَ عامَ الحُدَيْبيةِ، وأمرَ أصحابَه بالحلْقِ فدَلَّ أنّ الحلْقَ واجبٌ، ولهما قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾ [البقرة:١٩٦] معناه: فإنْ أُحْصِرْتُم وأَرَدْتُم أنْ تَحِلُّوا فاذْبَحوا ما استَيْسَرَ من الهدْيِ جعل ذَبْحَ الهدْيِ في حَقِّ المُحْصَرِ إذا أرادَ الحِلَّ كُلَّ موجِبُ الإحصار فمَنْ [١/ ٢٥٢أ] أوجب الحلْقَ فقد جعله بعضَ الموجِبِ، وهذا خلافُ النّصِّ؛ ولأنّ الحلْقَ للتَّحَلُّلِ عن أفعالِ الحجِّ، والمُحْصَرُ لا يَأتي بأفعالِ الحجِّ فلا حَلْقَ عليه.

وأمّا الحديثُ فعلى ما ذكره الجصّاصُ: لا حُجَّةَ فيه؛ لأنّ الحُدَيْبيةَ بعضُها في الحِلِّ

---

(١) مذهب الشافعية: قال: إذا لم يجد المحصر الهدي يقيم على إحرامه حتى يجد الدم، والقول الثاني: يتحلل ويبقى الهدي في ذمته، وقول آخر قال: له بدل، انظر: الأم (٢/ ١٦١)، مختصر المزني ص (٧٢، ٧٣)، حلية العلماء (٣/ ٣٠٧ - ٣٠٩)، المجموع شرح المهذب (٨/ ٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠٣ - ٣٠٥).

(٢) في المخطوط: «الصدقة».

(٣) في المخطوط: «ممدودة».

وبعضُها في الحرَمِ، فيُحتَمَلُ أنّه أُحْصِرَ في الحرَمِ فأُمِرَ بالحلْقِ.

وأمَّا على جوابِ المذكورِ في الأصلِ فهو: محمولٌ على النَّدْبِ، والاستحبابِ.

وَأمَّا زَمانُ ذَبْحِ الهدْيِ فمُطْلَقُ الوقتِ لا يتوقَّتُ بيومِ النّحْرِ، سَواءٌ كان الإحصارُ عن الحجِّ، أو عن العُمْرةِ وهذا قولُ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمّدٌ: إنّ المُحْصَرَ عن الحجِّ لا يُذْبَحُ عنه إلاَّ في أيّامِ النّحْرِ، لا يجوزُ في غيرِها، ولا خلافَ في المُحْصَرِ عن العُمْرةِ أنّه يُذْبَحُ عنه في أيِّ وقتٍ كان.

(وجه قولِهما): إنّ هذا الدّمَ سببٌ للتَّحلُّلِ من إحرامِ الحجِّ فيختَصُّ بزَمانِ التّحلُّلِ كالحلْقِ بخلافِ العُمْرةِ، فإنّ التّحلُّلَ من إحرامِها بالحلْقِ لا يختَصُّ بزَمانٍ، فكذا بالهدْيِ، ولأبي حنيفةَ: أنّ التّحلُّلَ من المُحْصَرِ تَحلُّلٌ قبلَ أوانِ التّحلُّلِ يُباحُ لضرورةِ دَفْعِ الضّرَرِ ببَقائه مُحْرِمًا رُخصةً وتَيْسيرًا، فلا يختَصُّ بيومِ النّحْرِ كالطّوافِ الذي يتحَلَّلُ به فائتُ الحجِّ، إذِ المُحْصَرُ فائتُ الحجِّ واللهُ أعلَمُ.

وَأمَّا حكمُ التّحلُّلِ فصَيْرورتُه حَلالاً يُباحُ له تَناوُلُ جميعِ ما حَظَرَه الإحرامُ لارتِفاعِ الحاظِرِ، فيَعودُ حَلالاً كما كان قبلَ الإحرامِ. وَأمَّا الذي يتحَلَّلُ به بغيرِ ذَبْحِ الهدْيِ فكُلُّ مُحْصَرٍ مُنِعَ عن المُضيِّ في موجِبِ الإحرامِ شرعًا لَحِقَ العبدَ، كالمرأةِ والعبدِ الممنوعَيْنِ شرعًا لحَقِّ الزّوْجِ، والمولى بأنْ أحرمتِ المرأةُ بغيرِ إذنِ زَوْجِها، أو أحرم العبدُ بغيرِ إذنِ مولاه، فلِلزّوْجِ والمولى أنْ يُحَلِّلَهما في الحالِ من غيرِ ذَبْحِ الهدْيِ، فيَقَعُ الكلامُ في هذا في موضِعَيْنِ:

أحدُهما: في جوازِ هذا النّوْعِ من التّحلُّلِ.

والثاني: في بيانِ ما يتحَلَّلُ به.

أمَّا الجوازُ؛ فلأنّ مَنافِعَ بُضعِ المرأةِ حَقُّ الزّوْجِ ومِلْكُه عليها فيحتاجُ إلى استيفاءِ حَقِّه، ولا يُمْكِنُه ذلك مع قيامِ الإحرامِ فيحتاجُ إلى التّحلُّلِ، ولا سبيلَ إلى تَوْقيفِه على ذَبْحِ الهدْيِ في الحرَمِ لما فيه من إبطالِ حَقِّه للحالِ فكان له أنْ يُحَلِّلَها للحالِ. وعلى المرأةِ أنْ تَبْعَثَ الهدْيَ، أو ثَمَنَه إلى الحرَمِ [ليُذْبَحَ عنها] [1]، لأنّها تَحلَّلَتْ بغيرِ طَوافٍ، وعليها

---

(١) ليست في المخطوط.

حَجَّةٌ وعُمْرةٌ كما على الرّجُلِ المُحْصَرِ إذا تَحَلَّلَ بالهدْيِ بخلافِ ما إذا أحرمت بحَجَّةِ الإسلامِ ولا زَوْجَ لها، ولا محرم، أو كان لها زَوْجٌ أو محرَمٌ فماتَ أنّها لا تَتَحَلَّلُ إلاَّ بالهدْيِ؛ لأنّ المنْعَ هناك لحَقِّ اللّه تعالى لا لحَقِّ العبدِ، فكان تَحَلُّلُها جائزًا لا حَقًّا مُستَحَقًّا عليها لأحدٍ، ألا ترى (لها أنْ) [1] تَبْقَى على إحرامِها ما لم تجدْ محرَمًا، أو زَوْجًا، فكان تَحَلُّلُها بما هو الموضوعُ للتَّحَلُّلِ في الأصلِ وهو: ذَبْحُ الهدْيِ فهو الفرقُ. وكذا العبدُ بمَنافِعِه مِلْكُ المولى فيحتاجُ إلى تَصْريفِه في وُجوه مَصالِحِه، ولا يُمْكِنُه ذلك مع قيامِ الإحرامِ، فيحتاجُ إلى التّحَلُّلِ في الحالِ لما فيه من التّوْقيفِ على ذَبْحِ الهدْيِ في الحرَمِ من تَعطيلِ مَصالِحِه فيُحَلِّله المولى للحالِ.

وعلى العبدِ إذا عَتقَ هَدْيُ الإحصارِ، وقضاءُ حَجَّةٍ وعُمْرةٍ؛ لأنّ الحجَّ وجب عليه بالشُّروعِ لكونِه مُخاطَبًا أهلاً، إلاَّ أنّه تَعَذَّرَ عليه المُضيُّ لحَقِّ المولى، فإذا عَتقَ زالَ حَقُّه، وتجبُ عليه العُمْرةُ لفَواتِ الحجِّ في عامِه ذلك. ولو كان أحرم العبدُ بإذنِ مولاه يُكْرَه للمولى أنْ يُحَلِّلَه بعدَ ذلك؛ لأنّه رُجوعٌ عَمَّا وعَدَ وخُلْفٌ في الوَعدِ، فيُكْرَه. ولو حَلَّلَه جاز؛ لأنّ العبدَ بمَنافِعِه مِلْكُ المولى.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ، وزُفر أنّ المولى إذا أذِنَ للعبدِ في الحجِّ ليس له أنْ يُحَلِّلَه؛ لأنّه لَمَّا أذِنَ له فقد (أسقَطَ حَقَّه) [2] بالإذنِ، فأشبَهَ الحُرَّ والصّحيحُ جوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأنّ المُحَلِّلَ بعدَ الإذنِ قائمٌ وهو المِلْكُ، إلاَّ أنّه يُكْرَه لما قلنا. وإذا حَلَّلَه لا هَدْيَ عليه؛ لأنّ المولى لا يجبُ عليه لعبدِه شيءٌ.

ولو أُحْصِرَ العبدُ بعدَ ما أحرم بإذنِ المولى ذكر القُدوريُّ في شرحِه مختصَرَ الكَرْخيِّ: أنّه لا يلزَمُ المولى إنْفاذُ هَدْيٍ؛ لأنّه لو لَزِمَه لَلَزِمَه لحَقِّ العبدِ ولا يجبُ للعبدِ على مولاه حَقٌّ، فإنْ أعتقَه وجب عليه أنْ يَبْعَثَ الهدْيَ؛ لأنّه إذا أُعتِقَ صار مِمَّنْ يُثْبَتُ له عليه حَقٌّ، فصار كالحُرِّ إذا حَجَّ عن غيرِه فأُحْصِرَ أنّه يجبُ على المحجوجِ عنه أنْ يَبْعَثَ الهدْيَ.

وذكر القاضي في شرحِه مختصَرَ الطّحاوِيِّ: أنّ على المولى أنْ يَذْبَحَ عنه هَدْيًا في الحرَمِ فيَحِلَّ؛ لأنّ هذا الدّمَ وجب لبَلِيّةٍ ابتُلِيَ بها العبدُ بإذنِ المولى فصار بمنزِلةِ النّفَقةِ،

---

(١) في المخطوط: «أنها».

(٢) في المخطوط: «سقط حق نفسه».

والنَّفَقةُ على المولى. وكذا دَمُ الإحصارِ، ولِهذا كان دَمُ الإحصارِ في مالِ الميِّتِ إذا أُحْصِرَ الحاجُّ عن الميِّتِ لا عليه كذا هذا.

ولو أحرم العبدُ، أو الأمةُ بإذنِ المولى، ثمّ باعَهما يجوزُ البيْعُ، وللمشتَري أنْ يمنَعَهما ويُحَلِّلَهما في قولِ أصحابِنا الثّلاثةِ. وفي قولِ زُفر: ليس له ذلك، وله أنْ يَرُدَّهما بالعيْبِ، وعلى هذا الخلافِ المرأةُ إذا أحرمت بحَجَّةِ التّطَوُّعِ ثمّ تَزَوّجَتْ [١/ ٢٥٢ب] فلِلزَّوْجِ أنْ يُحَلِّلَها. وعندَ زُفر ليس له ذلك، كذا حَكَى القاضي الخلافَ في شرحِه مختصَرَ الطّحاوِيِّ. وذكر القُدوريُّ في شرحِه مختصَرَ الكَرْخيِّ الخلافَ بين أبي يوسفَ، وزُفر. وجه قولِ زُفر: أنّ الذي انتقل إلى المشتَري هو ما كان للبائعِ، ولم يكنْ للبائعِ أنْ يُحَلِّلَه [عندَه، لما ذكرنا أنّه أسقَطَ حَقَّ نفسِه بالإذنِ] [1] كذا المشتَري.

(ولَنا): أنَّ الإحرامَ لم يَقَع بإذنِ المشتَري فصار كأنّه أحرم في مِلْكِه ابتِداءً [بغيرِ إذنِه]. ولو كان كذلك كان له أنْ يُحَلِّلَه، كذا هذا.

وقال محمّدٌ: إذا أذِنَ الرّجُلُ لعبدِه في الحجِّ ثمّ باعَه لا أكرَه للمشتَري أنْ يُحَلِّلَه؛ لأنّ الكراهةَ في حَقِّ البائعِ، لما فيه من خَلْفِ الوَعدِ ولم يوجَدْ ذلك من المشتَري، ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ في أمةٍ لها زَوْجٌ أذِنَ لها مولاها في الحجِّ فأحرمت ليس لزَوْجِها أنْ يُحَلِّلَها؛ لأنّ التّحَلُّلَ إنّما ثبت للزَّوْجِ بمَنْعِها من السّفَرِ ليستَوْفيَ حَقَّه منها. ومَنْعُ الأمةِ من السّفَرِ إلى مولاها دونَ الزّوْجِ، ألا ترى أنّ المولى لو سافر بها لم يكنْ للزَّوْجِ مَنْعُها، فكذا إذا أذِنَ لها في السّفَرِ.

وأمّا بيانُ ما يتحَلَّلُ به، فالتّحَلُّلُ عن هذا النّوْعِ من الإحصارِ يَقَعُ بفعلِ الزّوْجِ والمولى أدنَى محظوراتِ الإحرامِ من قَصِّ ظُفْرِهِما أو تَطْييبهما، أو بفعلِهِما ذلك بأمرِ الزّوْجِ والمولى، أو بامتِشاطِ الزّوْجةِ رأسَها بأمرِ الزّوْجِ، أو تقبيلِها، أو مُعانَقَتِها فتَحِلُّ بذلك.

والأصلُ فيه ما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ قال لعائشةَ رضي الله عنها حينَ حاضَتْ في العُمْرةِ: «امتَشِطي وارفُضي عنك العُمْرةَ» [2] ولأنّ التّحَلُّلَ صار حَقًّا عليهما للزَّوْجِ والمولى، (فجاز بمُباشَرَتِهِما) [3] أدنَى ما يحظُرُه الإحرامُ، ولا يكونُ التّحَلُّلُ بقولِه: حَلَلْتُكِ؛

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) في المخطوط: «بمباشرة».

لأنّ [١] هذا تحليلٌ من الإحرامِ فلا يَقَعُ بالقولِ، كالرّجُلِ الحُرِّ إذا أُحْصِرَ فقال: حَلَلْت نفسي والله أعلم.

وَأمّا وُجوبُ قضاءِ ما أحرم به بعدَ التّحَلُّلِ فجُمْلةُ الكلامِ فيه أنّ المُحْصَرَ لا يخلو إمّا أنْ كان أحرم بالحجّةِ لا غيرُ، وإمّا أنْ كان أحرم بالعُمْرةِ لا غيرُ، وإمّا أنْ كان أحرم بهما، بأنْ كان قارنًا، فإنْ كان أحرم بالحِجّةِ لا غيرُ، فإنْ بَقِيَ وقتُ الحجِّ عندَ زَوالِ الإحصارِ، وأرادَ أنْ يَحُجَّ من [٢] عامِه ذلك، أحرم وحَجَّ، وليس عليه نيّةُ القضاءِ، ولا عُمْرةَ عليه كذا ذكره محمّدٌ في الأصلِ.

وذكر ابنُ أبي مالِكٍ عن أبي يوسفَ عن أبي حنيفةَ: وعليه دَمٌ لرَفْضِ الإحرامِ الأوّلِ، وإنْ تَحَوّلَتِ السّنةُ فعليه قضاءُ حَجّةٍ وعُمْرةٍ، ولا تسقُطُ عنه تلك الحجّةُ إلاّ بنيّةِ القضاءِ.

ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ: أنّ عليه قضاءَ حَجّةٍ وعُمْرةٍ في الوجهينِ جميعًا، وعليه نيّةُ القضاءِ فيهِما وهو قولُ زُفر ذكره القاضي في شرحِه مختصَرَ الطّحاوِيِّ وعلى هذا التّفْصيلِ والاختِلافِ ما إذا أحرمتِ المرأةُ بحَجّةِ التّطَوُّعِ بغيرِ إذنِ زَوْجِها فمَنَعَها زَوْجُها فحَلّلَها، ثمّ أذِنَ لها بالإحرامِ فأحرمت في عامِها ذلك، أو تَحَوّلَتِ السّنةُ فأحرمت.

(وجه قولِ زُفر): أنّ ما تَحُجُّه في هذا العامِ دخل في حَدِّ القضاءِ؛ لأنّه يُؤَدّى بإحرامٍ جَديدٍ؛ لانفِساخِ الأوّلِ بالتّحَلُّلِ فيكونُ قضاءً، فلا يتأدّى إلاّ بنيّةِ القضاءِ وعليه حَجّةٌ وعُمْرةٌ كما لو تَحَوّلَتِ السّنةُ.

(ولَنا): أنَّ القضاءَ اسمٌ للفائتِ عن الوقتِ، ووقتُ الحجِّ باقٍ فكان [فِعْلُ] [٣] الحجِّ فيه أداءً لا قضاءً، فلا يَفْتقرُ إلى نيّةِ القضاءِ، ولا تَلْزَمُه العُمْرةُ؛ لأنّ لُزومَها لفَواتِ الحجِّ في عامِه ذلك، ولم يَفُتْ [٤].

وقال الشّافعيُّ: عليه قضاءُ حَجّةٍ لا غيرُ، وإنْ تَحَوّلَتِ السّنةُ [٥]، واحتَجَّ بما رُوِيَ عن

(١) في المخطوط: «ثلاث».
(٢) في المخطوط: «في». (٣) زيادة من المخطوط.
(٤) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي ص (٧٢)، أحكام القرآن للجصاص (١/ ٢٧٧، ٢٧٨)، تحفة الفقهاء (١/ ٤١٨)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ١٣٠، ١٣١)، البناية مع الهداية (٤/ ٤٠٥)، مجمع الأنهر (١/ ٣٠٦).
(٥) في بيان مذهب الشافعية: قال الشيرازي في النكت: «إذا أحصر في حج واجب فتحلل لم يلزمه أكثر من الحج».

ابنِ عبّاسٍ أنّه قال: «حَجَّةٌ بحَجَّةٍ، وعُمْرةٌ بعُمْرةٍ»[١] وهو المعنيُّ له في المسألةِ، إنّ القضاءَ يكونُ مثلَ الفائتِ، والفائتُ هو الحجَّةُ لا غيرُ، فمثلُها الحجَّةُ لا غيرُ، ورَوَيْنا عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «مَنْ كُسِرَ أو عَرِجَ حَلَّ وعليه الحجُّ من قابِلٍ»[٢] ولم يذكرِ العُمْرةَ ولو كانتْ واجبةً لَذكرها. ولَنَا الأثرُ والنّظَرُ أمّا الأثرُ: فما رُوِيَ عن ابنِ مسعودٍ، وابنِ عمرَ رضي الله عنهما أنّهما قالا في المُحْصَرِ بحَجَّةٍ: «يلزَمُه حَجَّةٌ وعُمْرةٌ»[٣].

وأمّا النّظَرُ: فلأنّ الحجَّ قد وجب عليه بالشُّروعِ، ولم يمضِ فيه، بل فاتَه في عامِه ذلك، وفائتُ الحجِّ يتحَلَّلُ بأفعالِ العُمْرةِ.

فإنْ قِيلَ: فائتُ الحجِّ يتحَلَّلُ بالطّوافِ لا بالدّمِ والمُحْصَرُ قد حَلَّ بالدّمِ وقام الدّمُ مَقام الطّوافِ من الذي يَفوتُه الحجُّ، فكيفَ يلزَمُه طَوافٌ آخَرُ؟.

فالجوابُ: أنّ الدّمَ الذي حَلَّ به المُحْصَرُ ما وجب بَدَلاً عن الطّوافِ ليُقال: إنّه قام مَقام الطّوافِ، فلا يجبُ عليه طَوافٌ آخَرُ، وإنّما وجب لتَعجيلِ الإحلالِ؛ لأنّ المُحْصَرَ لو لم يَبْعَثْ هَدْيًا؛ لَبَقيَ على إحرامِه مُدَّةً مَديدةً، وفيه حَرَجٌ وضَرَرٌ، فجعل له أنْ يتعَجَّلَ الخروجَ من إحرامِه، ويُؤَخِّرَ الطّوافَ الذي لَزِمَه بدمٍ يُهريقه[٤] فحَلَّ بالدّمِ ولم يَبْطُلِ الطّوافُ، وإذا لم يُبْطِلِ الدّمُ عنه الطّوافَ، ولم يُجْعَلْ بَدَلاً عنه، فعليه أنْ يَأتيَ به بإحرامٍ جَديدٍ، فيكونَ ذلك عُمْرةً، والدّليلُ على أنّ دَمَ الإحصارِ ما [١/ ٢٥٣أ] وجب بَدَلاً عن الطّوافِ الذي يتحَلَّلُ به فائتُ لحَجٍّ، أنّ فائتَ الحجِّ لو أرادَ أنْ يَفْسَخَ الطّوافَ الذي لَزِمَه بدمٍ يُريقُه بَدَلاً عنه، ليس له ذلك بالإجماعِ، فثبت أنّ دَمَ الإحصارِ لتَعجيلِ الإحلالِ به، لا بَدَلاً عن الطّوافِ، فاندَفَعَ الإشكالُ بحَمْدِ اللّه تعالى ومَنِّه.

وأمّا حديثُ ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما إنْ ثبت فهو تَمَسُّكٌ بالمسكوتِ؛ لأنّ قولَه «حَجَّةٌ بحَجَّةٍ، وعُمْرةٌ بعُمْرةٍ»[٥] يقتضي وُجوبَ الحجَّةِ بالحجَّةِ، والعُمْرةِ بالعُمْرةِ، وهذا لا يَنْفي وُجوبَ العُمْرةِ والحجَّةِ بالحجَّةِ ولا يقتضي أيضًا، فكان مسكوتًا عنه فيَقِفُ على قيامِ الدّليلِ، وقد قام دليلُ الوُجوبِ وهو ما ذكرنا وهو كقولِه تعالى: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ

(١) لم أقف عليه.
(٢) سبق تخريجه قريبًا.
(٣) لم أقف عليه.
(٤) في المخطوط: «يريقه».
(٥) سبق تخريجه.

﴿بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾ [البقرة :١٧٨] أنّه لا يَنْفي قَتْلَ الحُرِّ بالعبدِ والأُنْثَى بالذَّكَرِ بالإجماعِ كذا هذا، ويُحمَلُ على فائتِ الحجِّ وهو الذي لم يُدْرِكِ الوُقوفَ [١] بدليلِ أنّه يتحَلَّلُ بأفعالِ العُمْرةِ، وعليه قضاءُ الحجِّ من قابِلٍ ولا عُمْرةَ عليه.

وَإنْ كان إحرامُه بالعُمْرةِ (لا غير قضاها لوُجوبِها) [٢] بالشُّروعِ في أيِّ وقتٍ شاء؛ لأنّه ليس [لها] [٣] وقتٌ مُعَيّنٌ، وَإنْ كان أحرم بالعُمْرةِ والحجَّةِ إنْ كان قارِنًا؛ فعليه قضاءُ حَجَّةٍ [٤] وعُمْرَتَيْنِ، أمَّا قضاءُ حَجَّةٍ وعُمْرةٍ فلِوُجوبهما بالشُّروعِ. وأمَّا عُمْرةٌ أُخرى فلِفَواتِ الحجِّ في عامِه ذلك، وهذا على أصلِنا.

فأمَّا على أصلِ الشّافعيِّ فليس عليه إلاَّ حَجَّةٌ، بناءً على أصلِه أنّ القارِنَ مُحْرِمٌ بإحرامٍ واحِدٍ، ويدخلُ إحرامُ العُمْرةِ في الحجَّةِ، فكان حكمُه حكمَ المُفْرِدِ بالحجِّ، والمُفْرِدُ بالحجِّ إذا أُحْصِرَ لا يجبُ عليه إلاَّ قضاءُ حَجَّةٍ عندَه، فكذا القارِنُ واللهُ أعلَمُ.

وأمَّا حكمُ زَوالِ الإحصارِ: فالإحصارُ إذا زالَ لا يخلو من أحدِ وجهينِ: إمَّا أنْ زالَ قبلَ بَعثِ الهدْيِ أو بعدَ ما بَعَثَ، فإنْ زالَ قبلَ أنْ يَبْعَثَ [الهدْيَ] مَضَى على موجِبِ إحرامِه، وإنْ كان قد بَعَثَ الهدْيَ ثمّ زالَ الإحصارُ فهذا لا يخلو من أربعةِ أوجُهٍ. إمَّا أنْ كان يقدِرُ على إدراكِ الهدْيِ، والحجِّ، أو لا يقدِرُ على إدراكِهما جميعًا، أو يقدِرُ على إدراكِ الهدْيِ دونَ الحجِّ، أو يقدِرُ على إدراكِ الحجِّ دونَ الهدْيِ، فإنْ كان يقدِرُ على إدراكِ الهدْيِ والحجِّ لم يَجز له التّحَلُّلُ ويجبُ عليه المُضيُّ فإنّ إباحةَ التّحَلُّلِ لعُذْرِ الإحصارِ، والعُذْرُ قد زالَ، وإنْ كان لا يقدِرُ على (إدراكِ واحِدٍ منهما) [٥] لم يلزَمْه المُضيُّ، وجاز له التّحَلُّلُ؛ لأنّه لا فائدةَ في المُضيِّ، فتقَرَّرَ الإحصارُ فيتقَرَّرُ حكمُه، وإنْ كان يقدِرُ على إدراكِ الهدْيِ، ولا يقدِرُ على إدراكِ الحجِّ لا يلزَمُه المُضيُّ أيضًا لعَدَمِ الفائدةِ في إدراكِ الهدْيِ دونَ إدراكِ الحجِّ، إذِ الذَّهابُ لأجلِ إدراكِ الحجِّ، فإذا كان لا يُدْرِكُ الحجَّ فلا فائدةَ في الذَّهابِ، فكانتْ قُدْرَتُه على إدراكِ الهدْيِ والعدَمُ بمنزِلةٍ [واحِدةٍ]، وإنْ كان يقدِرُ على إدراكِ الحجِّ ولا يقدِرُ على إدراكِ الهدْيِ قِيلَ: إنّ هذا الوجهَ الرّابعَ إنّما يُتَصَوّرُ على

---

(١) زاد في المخطوط: «بعرفة».
(٢) في المخطوط: «والحجة بأن كان قارنًا».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «حجتين».
(٥) في المخطوط: «إدراكها».

مذهبِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ دَمَ الإحصارِ عندَه لا يتوقَّفُ بأيّامِ النّحْرِ، بل يجوزُ قبلَها فيُتَصَوّرُ إدراكُ الحجِّ دونَ إدراكِ الهدْيِ.

فأمَّا على مذهبِ أبي يوسفَ ومحمّدٍ فلا يُتَصَوّرُ هذا الوجه [إلاَّ] [١] في المُحْصَرِ عن العُمْرةِ [٢]؛ لأنّ دَمَ الإحصارِ عندَهما مُؤَقَّتٌ بأيّامِ النّحْرِ، فإذا أدرَكَ الحجَّ فقد أدرَكَ الهدْيَ ضرورةً، وإنّما يُتَصَوّرُ عندَهما في المُحْصَرِ عن العُمْرةِ؛ لأنّ الإحصار عنها لا يتوقَّتُ بأيّامِ النّحْرِ بلا خلافٍ.

وإذا عُرِفَ هذا فقياسُ مذهبِ أبي حنيفةَ في هذا الوجه أنّه يلزَمُه المُضيُّ، ولا يجوزُ له التّحَلُّلُ؛ لأنّه إذا قَدَرَ على إدراكِ [٣] الحجِّ لم يَعجِزْ عن المُضيِّ في الحجِّ [٤]، فلم يوجَدْ عُذْرُ الإحصارِ، فلا يجوزُ له التّحَلُّلُ ويلزَمُه المُضيُّ، وفي الاستحسانِ لا يلزَمُه المُضيُّ ويجوزُ له التّحَلُّلُ إلاَّ أنّه إذا كان لا يقدِرُ على إدراكِ الهدْيِ صار كأنّ الإحصار زالَ عنه بالذَّبْحِ فيَحِلُّ (بالذَّبْحِ عنه) [٥]؛ ولأنّ الهدْيَ قد مَضَى في سبيلِه بدليلِ أنّه لا يجبُ الضّمانُ بالذَّبْحِ على مَنْ بَعَثَ على يَدِه بَدَنةً، فصار كأنّه قَدَرَ على الذَّهابِ بعدَ ما ذُبِحَ عنه واللهُ أعلَمُ.

فصلٌ

وأمَّا بيانُ ما يحظُرُه الإحرامُ وما لا يحظُرُه، وبيانُ ما يجبُ بفعلِ المحظورِ، فجُمْلةُ الكلامِ فيه أنّ محظوراتِ الإحرامِ في الأصلِ نوعانِ. نوعٌ لا يوجِبُ فسادَ الحجِّ، ونوعٌ يوجِبُ فسادَه، أمَّا الذي لا يوجِبُ فسادَ الحجِّ فأنواعٌ: بعضُها يرجعُ إلى اللِّباسِ، وبعضُها يرجعُ إلى الطِّيبِ وما يَجْري مجراه من إزالةِ الشّعَثِ، وقضاءِ التّفَثِ، وبعضُها يرجعُ إلى تَوابِعِ [٦] الجِماعِ، وبعضُها يرجعُ إلى الصّيْدِ أمَّا الأوّلُ: فالمُحْرِمُ لا يلبَسُ المخيطَ جُمْلةً، ولا قَميصًا ولا قُباءً، ولا جُبَّةً، ولا سَراوِيلَ، ولا عِمامةً، ولا قَلَنْسوةً، ولا يلبَسُ خُفَّيْنِ إلاَّ أنْ يَجِدَ نعلينِ، فلا بَأسَ أنْ يقطَعُهما أسفَلَ الكعبيْنِ فيلبَسُهما.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «الحج».
(٣) في المخطوط: «أداء».
(٤) في المخطوط: «الحجة».
(٥) في المخطوط: «عنه بالذبح».
(٦) في المخطوط: «أنواع».

والأصلُ فيه ما رُوِيَ عن عبدِ اللَّه بنِ عمرَ أنّ رجلاً سأل النّبيّ ﷺ وقال [١/ ٢٥٣ب]: ما يلبَسُ المُحْرِمُ من الثِّيابِ؟ فقال: «لا يلبَسُ القميصَ، ولا العمائمَ، ولا السّراوِيلاتِ، ولا البرانِسَ، ولا الخِفافَ، إلاّ أحدٌ [1] لا يَجِدُ النّعلينِ، فلْيلبَسِ الخفَّينِ ولْيقطَعهما أسفلَ من الكعبينِ، ولا يلبَس من الثّيابِ شيئًا مَسّه الزّعفرانُ، ولا الوَرْسُ، ولا تنتقِبُ المرأةُ، ولا تَلْبَسُ القُفَّازَينِ» [2].

فإن قِيلَ: في هذا الحديثِ ضَرْبُ إشكالٍ؛ لأنّ فيه أنّ النّبيّ ﷺ سُئلَ عَمّا يلبَسُ المُحْرِمُ؟ فقال: لا يلبَسُ كذا وكذا من المخيطِ، فسُئلَ عن شيءٍ فعَدَلَ عن مَحِلِّ السّؤَالِ، وأجاب عن شيءٍ آخَرَ لم يُسأل عنه، وهذا مَحيدٌ عن الجوابِ، أو يوجِبُ أنْ يكونَ إثباتُ الحكمِ في مَذْكورٍ دليلاً على أنّ الحكمَ في غيرِه بخلافِه، وهذا خلافُ المذهبِ فالجوابُ عنه من وُجوهٍ:

احدُها: أنّه يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ السّؤَالُ عَمّا لا يلبَسُه المُحْرِمُ، وأضمرَ (لا) في مَحِلِّ السّؤَالِ؛ لأنّ لا تارةً تُزادُ في الكلامِ، وتارةً تُحْذَفُ عنه قال اللَّه تعالى: ﴿يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمْ أَن تَضِلُّوا۟﴾ [النساء:١٧٦] أي: [أن] [3] لا تَضِلُّوا، فكان معنى الكلام أنّه سُئلَ عَمّا لا يلبَسُه المُحْرِمُ فقال: لا يلبَسُ [المُحْرِمُ] [4] كذا وكذا فكان الجوابُ مُطابِقًا للسُّؤَالِ.

والثاني: يُحْتَمَلُ أنّ النّبيّ ﷺ عَلِمَ غَرَضَ السّائلِ ومُرادَه أنّه طَلَبَ منه بيانَ ما لا يلبَسُه المُحْرِمُ بعدَ إحرامِه، إمّا بقَرينةِ حالِه أو بدليلٍ آخَرَ، أو بالوَحْيِ فأجاب عَمّا في ضَميرِه من غَرَضِه ومقصُودِه، ونَظيرُه قوله تعالى خَبَرًا عن إبراهيمَ عليه الصلاة والسلام ﴿رَبِّ ٱجْعَلْ هَٰذَا بَلَدًا ءَامِنًا وَٱرْزُقْ أَهْلَهُۥ مِنَ ٱلثَّمَرَٰتِ مَنْ ءَامَنَ مِنْهُم بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ﴾ [البقرة:١٢٦] فأجابه اللّه عزَّ وجلَّ بقولِه: ﴿وَمَن كَفَرَ فَأُمَتِّعُهُۥ قَلِيلًا ثُمَّ أَضْطَرُّهُۥٓ﴾ [البقرة:١٢٦] سأل إبراهيمُ عليه الصلاة والسلام رَبَّه - عَزَّ وجلَّ - أنْ يَرْزُقَ مَنْ آمَنَ من أهلِ مكّةَ من الثّمراتِ. فأجابَه تعالى أنّه يَرْزُقُ الكافرَ أيضًا، لَمّا عَلِمَ أنّ مُرادَ إبراهيمَ عليه الصلاة والسلام من سُؤَالِه أنْ يَرْزُقَ ذلك المُؤْمِنَ منهم دونَ الكافرِ، فأجابَه اللَّه تعالى عَمّا كان في ضَميرِه كذا هذا.

---

(١) في المخطوط: «أن».

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: ما ينهى من الطيب للمحرم والمحرمة، برقم (١٨٣٨)، وأبو داود (١٨٢٣)، والنسائي (٢٦٧٣)، والكبرى (٢/ ٣٣٤)، (٣٦٥٣)، من حديث ابن عمر.

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) ليست في المخطوط.

والثالث: أنّه لَمَّا خَصّ المخيطَ أنّه لا يلبَسُه المُحْرِمُ بعدَ تقَدُّم السّؤَالِ عَمَّا يلبَسُه دَلَّ أنّ الحكمَ في غيرِ المخيطِ بخلافِه، والتّنْصيصُ على حكمِ [في] [١] مَذْكورٍ إنّما لا يَدُلُّ على تخصيصِ ذلك الحكمِ به (بشَرائطَ ثلاثةٍ.

احدُها: أنْ لا يكونَ) [٢] فيه حَيْدٌ عن الجوابِ [مِمَّنْ لا يجوزُ عليه الحيدُ]. فأمَّا إذا كان، فإنّه يَدُلُّ عليه صيانةً لمَنْصِبِ النّبيِّ ﷺ عن الحيدِ عن الجوابِ عن السّؤَالِ.

(والثّاني: من المُحْتَمَلِ أنْ يكونَ حكمُ غيرِ المذكورِ خلافَ حكمِ المذكورِ، وههنا لا يُحْتَمَلُ؛ لأنّه يقتضي أنْ لا يلبَسَ المُحْرِمُ أصلاً، وفيه تَعريضُه للهَلاكِ بالحرِّ، أو البرْدِ، والعَقلُ يمنَعُ من ذلك فكان المنْعُ من أحدِ النّوْعَيْنِ في مثلِه إطلاقًا للنّوْعِ الآخرِ. ونَظيرُه قوله تعالى: ﴿ٱللَّهُ ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلَّيۡلَ لِتَسۡكُنُواْ فِيهِ﴾ [غافر:٦١] إنّ جَعلَ الليلِ للسُّكونِ يَدُلُّ على جَعلِ النّهارِ للكَسبِ، وطَلَبِ المعاشِ إذْ لا بُدَّ من القوتِ للبَقاءِ، وكان جَعلُ الليلِ للسُّكونِ تَعيينًا للنّهارِ لطَلَبِ المعاشِ.

والثّالث: أنْ يكونَ ذلك) [٣] في غيرِ الأمرِ والنّهْيِ، فأمَّا في الأمرِ والنّهْيِ فيَدُلُّ عليه لما قد صَحَّ من مذهبِ أصحابِنا أنّ الأمرَ بالشّيءِ نَهْيٌ عن ضِدِّه، والنّهْيَ عن الشّيءِ أمرٌ بضِدِّه. والتّنْصيصُ ههنا في مَحِلِّ النّهْيِ فكان ذلك دليلاً على أنّ الحكمَ في غيرِ المخيطِ بخلافِه واللَّه - عَزَّ وجَلَّ - الموَفِّقُ.

ولأنّ لُبْسَ المخيطِ من بابِ الارتِفاقِ بمرافِقِ المُقيمينَ، والتّرَفُّه في اللُّبْسِ، وحالُ المُحْرِمِ يُنافيه، ولأنّ الحاجَّ في حالِ إحرامِه يُريدُ أنْ يتوسَّلَ [بسوءِ حالِه] إلى مولاه يستَعطِفُ نَظَرَه ومرحَمَتَه، بمنزلةِ العبدِ المسخوطِ عليه [٤] في الشّاهِدِ أنّه يتعَرَّضُ بسوءِ حالِه لعَطْفِ سَيِّدِه ولِهذا قال النّبيُّ ﷺ: «**المُحْرِمُ الأشعَثُ الأغبَرُ**»[٥] وإنّما يُمْنَعُ المُحْرِمُ من

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «إذا لم يكن».

(٣) في المخطوط: «على أن التنصيص إنما لا يدل على التخصيص عندنا».

(٤) في المخطوط: «بسيده».

(٥) أخرجه الترمذي في كتاب: تفسير القرآن، باب: ومن سورة آل عمران، حديث (٢٩٩٨)، وابن ماجه (٢٨٩٦)، والبيهقي في السنن (٤/ ٣٣٠)، (٨٤٢٠)، والدارقطني (٢/ ٢١٧)، (١٠)، والشافعي في مسنده ص (١٠٩)، وذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٨)، من حديث ابن عمر، وقال: قال الترمذي: غريب لا نعرفه إلا من حديث إبراهيم بن يزيد الخوزي وقد تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه، قلت: وهو حسن لغيره كما في صحيح الترغيب (١١٣١)، ولفظه: «قام رجل إلى النبي ﷺ

لُبْسِ المخيطِ إذا لَبِسَه على الوجه المُعتادِ. فأمَّا إذا لَبِسَه لا على الوجه المُعتادِ فلا يُمْنَعُ منه، بأنِ اتَّشَحَ بالقميصِ أو اتَّزَرَ بالسّراوِيلِ؛ لأنّ معنى الارتِفاقِ بمرافِقِ المُقيمينَ، والتَّرَفُّه في اللُّبْسِ لا يحصُلُ به. ولأنّ لُبْسَ القميصِ والسّراويلِ على هذا الوجه في معنى الارتِداءِ، والاتِّزارِ؛ لأنّه يحتاجُ في حِفْظِه إلى تكلُّفٍ، كما يحتاجُ إلى التّكلُّفِ في حِفْظِ الرِّداءِ، والإزارِ وذا غيرُ مَمْنوعٍ عنه. ولو أدخلَ مَنْكِبَيْه في القباءِ ولم يُدْخِلْ يَدَيْه في كُمَّيْه جاز له ذلك في قولِ أصحابِنا الثّلاثةِ. وقال زُفَرُ: لا يجوزُ.

(وجه قوله): أنّ هذا لُبْسُ المخيطِ، إذِ اللُّبْسُ هو التّغْطيةُ وفيه تَغْطيةُ أعضاءٍ كثيرةٍ بالمخيطِ من المنْكِبَيْنِ، والظّهْرِ وغيرِها فيُمْنَعُ من ذلك، كإدخالِ اليدَيْنِ في الكُمَّيْنِ.

(ولَنا): أنَّ الممنوعَ عنه هو: اللُّبْسُ المُعتادُ وذلك في القباءِ، الإلقاءُ على المنْكِبَيْنِ مع إدخالِ اليدَيْنِ في الكُمَّيْنِ، [ولأنّ الارتِفاقَ بمرافِقِ المُقيمينَ والتَّرَفُّهَ في اللُّبْسِ لا يحصُلُ إلاَّ به، ولم يوجَدْ فلا يُمْنَعُ منه، ولأنّ إلقاءَ القباءِ على المنْكِبَيْنِ][1] دونَ إدخالِ اليدَيْنِ في الكُمَّيْنِ يُشْبِه الارتِداءَ والاتِّزارَ؛ لأنّه يحتاجُ إلى[2] حِفْظِه [عليه] لئَلاَّ يسقُطَ إلى تكلُّفٍ، كما يحتاجُ إلى ذلك في الرِّداءِ والإزارِ وهو لم يُمْنع من ذلك، كذا هذا، بخلافِ ما إذا أدخلَ يَدَيْه في كُمَّيْه؛ لأنّ ذلك لُبْسٌ مُعتادٌ يحصُلُ [به] الارتِفاقُ به والتَّرَفُّه في اللُّبْسِ، ويقَعُ به الأمنُ عن السّقوطِ. ولو ألقاه على مَنْكِبَيْه وزَرَّه لا يجوزُ؛ لأنّه إذا زَرَّه فقد تَرَفَّهَ في لُبْسِ المخيطِ.

ألا ترى أنّه لا يحتاجُ في حِفْظِه إلى تكلُّفٍ. ولو لم يَجِدْ رِداءً وله قَميصٌ، فلا بَأْسَ بأنْ يَشُقَّ قَميصَه ويَرْتَديَ به؛ لأنّه لَمَّا شَقَّه صار بمنزِلةِ الرِّداءِ. وكذا إذا لم يَجِدْ إزارًا وله سَراوِيلُ، فلا بَأْسَ أنْ يَفْتُقَ سَراوِيلَه خَلا موضِعِ التِّكَّةِ ويَأْتَزِرَ به؛ لأنّه لَمَّا فتقَه صار بمنزِلةِ الإزارِ.

وكذا إذا لم يَجِدْ نعلينِ وله [١/ ٢٥٤أ] خُفَّانِ فلا بَأْسَ أنْ يقطَعَهما أسفَلَ الكعبيْنِ فيلبَسَهما لحديثِ ابنِ عمرَ رضي الله عنه، وَرَخَّصَ بعضُ مشايِخِنا المُتَأخِّرونَ لُبْسَ

فقال: من الحاج يا رسول الله، قال: الشعث التفل»، والشعث: المغبر الرأس من عدم الغسل مفرق الشعر عن عدم المشط وحاصله تارك الزينة، والتفل: تارك الطيب فيوجد منه رائحة كريهة من تفل الشيء من فيه إذا رمى به متكرهًا له.

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «في».

الصَّنْدَلِ[١] قياسًا على الخفِّ المقطوعِ؛ [لأنّه في معناه] [٢] وكذا لُبْسُ الميثَمِ لما قلنا، ولا يلبَسُ الجوْرَبَيْنِ؛ لأنّهما في معنى الخفَّيْنِ، ولا يُغَطِّي رأسَه بالعِمامةِ، ولا غيرِها مِمَّا يقصِدُ به التَّغْطيةَ؛ لأنّ المُحْرِمَ مَمْنوعٌ عن تَغْطيةِ رأسِه بما يقصِدُ به التّغْطيةَ.

والأصلُ فيه ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال في المُحْرِمِ الذي وقَصَتْ به ناقتُه في أخاقيقِ جُرْذانَ فماتَ: «لا تُخَمِّروا رأسَه ولا تُقَرِّبوه طيبًا فإنّه يُبْعَثُ يومَ القيامةِ مُلَبِّيًا»[٣]، لو حَمَلَ على رأسِه شيئًا فإنْ كان مِمَّا يقصِدُ به التّغْطيةَ من لباسِ النّاسِ لا يجوزُ له ذلك؛ لأنّه كاللُّبْسِ، وإنْ كان مِمَّا لا يقصِدُ به التّغْطيةَ كإجّانةٍ[٤]، أو عِدْلِ بَزٍّ وضَعَه على رأسِه فلا بَأْسَ بذلك؛ لأنّه لا يُعَدُّ ذلك لُبْسًا، ولا تَغْطيةً. وكذا لا يُغَطِّي الرّجُلُ وجهه عندَنا[٥].

وقال الشّافعيُّ: «يجوزُ له تَغْطيةُ الوجه». وأمّا المرأةُ فلا تُغَطِّي وجهها. وكذا لا بَأسَ أنْ تُسدِلَ على وجهِها بثَوْبٍ وتُجافيَه عن وجهِها[٦]، احتَجَّ الشّافعيُّ بما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «إحرامُ الرّجلِ في رأسِه، وإحرامُ المرأةِ في وجهِها»[٧] جعل إحرامَ كُلِّ واحِدٍ منهما في مَحَلٍّ خاصٍّ، ولا خُصُوصَ مع الشّرِكةِ ولِهذا لَمّا خَصّ الوجهَ في المرأةِ بأنّ إحرامَها فيه لم يكنْ في رأسِها، فكذا في الرّجُلِ؛ ولأنّ مَبنَى أحوالِ المُحْرِمِ على خلافِ العادةِ

---

(١) الصَّندل: خفٌّ له سيور من الجلد يثبت بها في القدم. المعجم الوجيز ص (٣٧١).

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: الجنائز، باب: كيف يكفن المحرم، حديث (١٢٧٦)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: ما يفعل بالمحرم إذا مات، حديث (١٢٠٦)، والنسائي (٢٨٥٣)، وابن حبان (٩/ ٢٧٢)، (٣٩٥٩)، من حديث ابن عباس، وفيه «اغسلوه بماء وسدر وكفنوه في ثوبه ولا تمسوه طيبًا ولا تخمروا رأسه فإن الله يبعثه يوم القيامة ملبياً».

(٤) الإجانة: إناء تغسل فيه الثياب. انظر المعجم الوجيز (ص ٧).

(٥) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٨٢)، المبسوط (٤/ ٧، ١٢٧)، تحفة الفقهاء (١/ ٤٢٠)، فتح القدير مع الهداية (٢/ ٤٤١، ٤٤٢)، البناية مع الهداية (٤/ ٥٧ - ٥٩)، مجمع الأنهر (١/ ٢٦٩).

(٦) مذهب الشافعية أنه: لا يجوز للمحرم تغطية وجهه. انظر: الأم (٢/ ١٤٨، ١٤٩)، مختصر المزني ص (٦٦)، حلية العلماء (٣/ ٢٤٤)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٢٥٠، ٢٦٨)، فتح العزيز مع الوجيز (٧/ ٤٣٩، ٤٤٦).

(٧) أخرجه البيهقي في السنن (٥/ ٤٧)، (٨٨٣٠)، والدارقطني (٢/ ٢٩٤)، (٢٦٠)، وذكره ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٢/ ٢٧٢)، من حديث ابن عمر، وقال: في إسناده أيوب بن محمد أبو الجمل وهو ضعيف، قال ابن عدي: هو الذي تفرد برفعه، وقال العقيلي: لا يتابع في رفعه إنما يروى موقوفاً، قلت: وهو ضعيف كما في ضعيف الجامع (٤٨٩٤).

وذلك فيما قلنا، لأنّ العادةَ هو الكشْفُ في الرِّجالِ فكان السّتْرُ على خلافِ العادةِ بخلافِ النِّساءِ، ، فإنّ العادةَ فيهِنّ السّتْرُ فكان الكشْفُ خلافَ العادةِ.

(ولَنا): ما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «**إحرامُ الرّجُلِ في رأسِه ووجهِه**»[١] ولا حُجَّةَ له فيما رَوَى؛ لأنّ فيه أنّ إحرامَ الرّجُلِ في رأسِه، وهذا لا يَنْفي أنْ يكونَ في وجهِه ولا يوجِبُ أيضًا، فكان مسكوتًا عنه فيَقِفُ على قيامِ الدّليلِ، وقد قام الدّليلُ وهو ما رَوَيْنا، وهكذا نقول في المرأةِ أنّا إنّما عَرَفْنا [أنّ][٢] إحرامَها (ليس في رأسِها إلاّ)[٣] بقولِه «وإحرامُ المرأةِ في وجهِها» بل بدليلٍ آخَرَ نذكرُه إنْ شاء اللّه تعالى.

وَلا يلبَس ثَوْبًا أُصبِغَ بوَرْسٍ أو زَعفرانٍ، وإنْ لم يكنْ مَخيطًا لخَبَرِ ابنِ عمرَ رضي الله عنه؛ ولأنّ الوَرْسَ والزّعفرانَ طيبٌ، والمُحْرِمُ مَمْنوعٌ من استِعمالِ الطِّيبِ في بَدَنِه ولا يلبَسُ المُعَصْفر وهو: المصْبوغُ بالعُصْفُرِ عندَنا[٤].

وقال الشّافعيُّ: يجوزُ[٥] واحتَجَّ بما رُوِيَ أنّ عائشةَ رضي الله عنها لَبِسَتِ الثِّيابَ المُعَصْفَرةَ وهي مُحْرِمةٌ ورُوِيَ أنّ عثمانَ رضي الله عنه أنْكَرَ على عبدِ اللّه بنِ جعفرٍ لُبْسَ المُعَصْفَرِ في الإحرامِ، فقال عَليٌّ رضي الله عنه: «ما أرى أنّ أحدًا يُعَلِّمُنا السّنّةَ»[٦].

(ولَنا): [ما رُوِيَ][٧] أنّ عمرَ رضي الله عنه أنْكَرَ على طَلْحةَ لُبْسَ المُعَصْفَرِ في

---

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ ويشهد لصحته ما أخرجه مسلم في كتاب: الحج، باب: ما يفعل بالمحرم إذا مات، حديث (١٢٠٦)، والنسائي في المجتبى (٢٧١٣)، وفي الكبرى (٢/ ٣٤٣)، (٣٦٩٣)، والبيهقي في السنن (٥/ ٥٤)، (٨٨٦٦)، من حديث ابن عباس، وفيه «أن رجلاً أتى النبي ﷺ وهو محرم فوقع من ناقته فأقعصته فأمر النبي ﷺ أن يغسل بماء وسدر ولا يمس طيباً وأن يكفن في ثوبين خارجاً رأسه ووجهه».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «في وجهها لا».

(٤) **انظر في مذهب الحنفية**: الأصل للشيباني (٢/ ٣٤٧)، مختصر الطحاوي ص (٦٧، ٦٨)، المبسوط (٤/ ١٢٦)، فتح القدير مع الهداية (٢/ ٤٤٢، ٤٤٣)، البناية مع الهداية (٤/ ٦١ - ٦٣)، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (١/ ٢٦٩).

(٥) **مذهب الشافعية قال**: يجوز للمحرم لبس المعصفر، انظر: الأم (٢/ ١٤٨، ١٥٠)، مختصر المزني ص (٦٦)، حلية العلماء (٣/ ٢٤٧، ٢٤٨)، المجموع (٧/ ٢٧٨، ٢٨٢)، شرح السنة للبغوي (٧/ ٢٤٤، ٢٤٥).

(٦) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، (٥/ ٥٩)، من قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ولم أقف عليه عن عثمان.

(٧) ليست في المخطوط.

الإحرامِ، فقال طَلْحةُ رضي الله عنه: (إنّما هو مُمَشَّقٌ بمغرةٍ) فقال عمرُ رضي الله عنه: «إنّكم أئمّةٌ يُقْتَدَى بكم» فدَلَّ إنْكارُ عمرَ واعتِذارُ طَلْحةَ رضي الله عنهما على أنّ المُحْرِمَ مَمْنوعٌ من ذلك. وفيه إشارةٌ إلى أنّ المُمَشَّقَ مكروهٌ أيضًا؛ لأنّه قال: «إنّكم أئمّةٌ يُقْتَدَى بكم» أي: مَنْ شاهَدَ ذلك رُبَّما يَظُنُّ أنّه مَصْبوغٌ بغيرِ المغرةِ فيَعتقِدُ الجوازَ، فكان سببًا للوُقوعِ في الحرامِ عَسَى فيُكْرَه، ولأنّ المُعَصْفر طيبٌ؛ لأنّ له رائحةً طَيِّبةً فكان كالوَرْسِ والزّعفَرانِ.

وأمّا حديثُ عائشةَ رضي الله عنها فقد رُوِيَ عنها أنّها كرِهَتِ المُعَصْفر في الإحرامِ، أو يُحْمَلُ على المصْبوغِ بمثلِ العُصْفُرِ كالمغرةِ ونحوِها، وهو الجوابُ عن قولِ عَليٍّ رضي الله عنه على أنّ قولَه مُعارضٌ بقولِ عثمانَ رضي الله عنه وهو: إنْكارُه فسَقَطَ الاحتِجاجُ به للتَّعارُضِ، هذا إذا لم يكنْ مغسولاً. فأمّا إذا كان قد غُسِلَ حتّى صار لا يَنْفُضُ فلا بَأسَ به، لما رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنه عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «لا بَأسَ أنْ يُحْرِمَ الرّجُلُ في ثَوْبٍ مَصْبوغٍ بوَرْسٍ، أو زَعفَرانٍ قد غُسِلَ وليس له نَفضٌ ولا رَدْغٌ»[١] وقوله ﷺ «لا يَنْفُضُ» له تفسيرانِ مَنْقولانِ عن محمّدٍ: رُوِيَ عنه لا يتناثَرُ صِبْغُه. ورُوِيَ لا يَفوحُ ريحُه، والتّعويلُ على زَوالِ الرّائحةِ حتّى لو كان لا يتناثَرُ صِبْغُه، ولكنْ يَفوحُ ريحُه يُمْنَعُ منه؛ لأنّ ذلك دليلُ بَقاءِ الطِّيبِ، إذِ الطِّيبُ ما له رائحةٌ طَيِّبةٌ وكذا ما صُبِغَ بلونِ الهرَوِيِّ؛ لأنّه صِبْغٌ خَفيفٌ فيه أدنَى صُفْرةٍ لا توجَدُ منه رائحةٌ.

وقال أبو يوسفَ في الإملاءِ: (لا ينبغي للمُحْرِمِ أنْ يتوسَّدَ ثَوْبًا مَصبوغًا بالزّعفرانِ، ولا الوَرْسِ، (ولا يَنامُ)[٢] عليه؛ لأنّه يَصيرُ مُستَعمِلاً للطِّيبِ فكان[٣] كاللُّبْسِ).

وَلا بَأسَ بلُبْسِ الخزِّ والصُّوفِ والقصَبِ والبُرْدِ وإنْ كان مُلَوّنًا كالعدَنيِّ وغيرِه؛ لأنّه ليس فيه أكثرُ من الزّينةِ. والمُحْرِمُ غيرُ مَمْنوعٍ من ذلك ولا بَأسَ أنْ يلبَسَ الطّيْلَسانَ[٤]؛ لأنّ الطّيْلَسانَ ليس بمَخيطٍ، ولا يزُرُّه، كذا رُوِيَ عن ابنِ عمرَ رضي الله عنه.

وعن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنه أنّه لا بَأسَ به [١/ ٢٥٤ب]، والصّحيحُ قولُ ابنِ عمرَ؛

---

(١) أخرجه أبو يعلى (٥/ ٨٨)، (٢٦٩٢)، من حديث ابن عباس، وضعفه الشيخ حسين أسد.

(٢) في المخطوط: «والقيام».

(٣) في المخطوط: «فصار».

(٤) الطيلسان: ضرب من الأوشحة يلبس على الكتف، أو يحيط بالبدن، خال من التفصيل والخياطة، أو هو ما يعرف في العامية المصرية بالشال. المعجم الوجيز ص (٣٩٣).

لأنّ الزِّرةَ مَخيطٌ في نفسِها، فإذا زَرَّه فقد اشتَمَلَ المخيطُ عليه فيُمْنَعُ منه؛ ولأنّه إذا زَرَّه لا يحتاجُ في حِفْظِه إلى تكلُّفٍ فأشبَهَ لُبْسَ المخيطِ، بخلافِ الرِّداءِ، والإزارِ.

وَيُكْرَه أنْ يُخَلِّلَ الإزارَ بالخلالِ، وأنْ يَعقِدَ الإزارَ لما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ رأى مُحْرِمًا قد عَقَدَ ثَوْبَه بحَبْلٍ فقال له: «انزِعِ الحبلَ ويلَكَ»[1] ورُوِيَ عن ابنِ عمرَ رضي الله عنه أنّه كرِهَ أنْ يَعقِدَ المُحْرِمُ الثوبَ عليه؛ ولأنّه يُشْبِه المخيطَ في عَدَمِ الحاجةِ في حِفْظِه إلى تكلُّفٍ ولو فعل لا شيءَ عليه؛ لأنّه ليس بمَخيطٍ.

وَلا بَأسَ أنْ يتحَزَّمَ بعِمامةٍ يَشْتَمِلُ بها ولا يَعقِدُها؛ لأنّ اشتِمالَ العِمامةِ عليه اشتِمالُ غيرِ المخيطِ فأشبَهَ الاتِّشاحَ بقَميصٍ، فإنْ عَقَدَها كُرِهَ له ذلك؛ لأنّه يُشْبِه المخيطَ كعَقْدِ الإزارِ ولا بَأسَ بالهِمْيانِ والمنطَقةِ للمُحْرِمِ. سَواءٌ كان في الهِمْيانِ نَفَقَتُه أو نَفَقةُ غيرِه، وسَواءٌ كان شَدَّ المنطَقةَ بالإبزيمِ، أو بالسّيورِ.

وعن أبي يوسفَ في المنطَقةِ: «إنْ شَدَّه بالإبزيمِ يُكْرَه، وإنْ شَدَّه بالسّيورِ لا يُكْرَه» وقال مالِكٌ في الهِمْيانِ: «إنْ كان فيه نَفَقَتُه لا يُكْرَه، وإنْ كان فيه نَفَقةُ غيرِه يُكْرَه».

(وجه قوله): أنّ شَدَّ الهِمْيانِ لمكانِ الضّرورةِ، وهي استيثاقُ النّفَقةِ، ولا ضرورةَ في نَفَقةِ غيرِه.

(وجه روايةِ أبي يوسفَ): أنّ الإبزيمَ[2] مَخيطٌ فالشّدُّ به يكونُ كزرِّ الإزارِ بخلافِ السّيْرِ. ولَنَا ما رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنّها سُئلَتْ عن الهِمْيانِ فقالتْ: (أوثِقْ عليك نَفَقَتَك) أطلَقَتِ القضيّةَ ولم تستفسِرْ.

وعن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنه قال: رَخَّصَ رسولُ اللّه ﷺ في الهِمْيانِ يَشُدُّه المُحْرِمُ في وَسَطِه إذا كانتْ فيه نَفَقَتُه وعليه[3] جَماعةٌ من التّابِعينَ. ورُوِيَ عن سَعيدِ بنِ المُسَيِّبِ رضي الله عنه (أنّه لا بَأسَ بالهِمْيانِ)[4] وهو قولُ سَعيدِ بنِ جُبَيْرٍ وعَطاءٍ وطاوُسٍ رضي

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، (٥/ ٥١)، برقم (٨٨٥٤)، وإسناده منقطع.
(٢) الإبزيم: عروة معدنية في أحد طرفيها لسان، توصل بالحزام ونحوه لتثبيت طرف الحزام الآخر على الوسط، انظر لسان العرب (١٢/ ٤٩)، المعجم الوجيز ص (٣).
(٣) عزاه ابن حجر في «التلخيص» (٢/ ١٨١)، لابن أبي شيبة والبيهقي من طريق عطاء عن ابن عباس به.
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٣/ ٤١١).

اللهِ تعالى عنهم؛ ولأنّ اشتِمالَ الهِمْيانِ والمنطَقةِ عليه كاشتِمالِ الإزارِ فلا يُمْنَعُ عنه .

وَلا بَأسَ أنْ يستَظِلَّ المُحْرِمُ بالفُسطاطِ عندَ عامَّةِ العُلَماءِ[١] . وقال مالِكٌ : يُكْرَه[٢] واحتَجَّ بما رُوِيَ عن ابنِ عمرَ رضي الله عنه أنّه كرِهَ ذلك .

(ولَنا): ما رُوِيَ عن عمرَ رضي الله عنه أنّه كان يُلْقي على شَجَرةٍ ثَوْبًا، أو نِطْعًا فيستَظِلُّ به[٣] .

ورُوِيَ أنّه ضُرِبَ لعثمانَ رضي الله عنه فُسطاطٌ بمِنًى فكان يستَظِلُّ به[٤] ؛ ولأنّ الاستِظْلالَ بما لا يُماسُّه بمنزِلةِ الاستِظْلالِ بالسّقْفِ، وذا غيرُ مَمْنوعٍ عنه كذا هذا، فإنْ دخل تحت سِتْرِ الكعبةِ حتّى غَطَّاه، فإنْ كان السِّتْرُ يُصيبُ وجهه ورأسَه يُكْرَه له ذلك؛ لأنّه يُشْبِه سَتْرَ وجهِه ورأسِه بثَوْبٍ، وإنْ كان مُتَجافيًا فلا يُكْرَه؛ لأنّه بمنزِلةِ الدُّخولِ تحت ظُلَّةٍ، وَلا بَأسَ أنْ تُغَطِّيَ المرأةُ سائرَ جَسَدِها وهي مُحْرِمةٌ بما شاءتْ من الثِّيابِ المخيطةِ وغيرِها، وأنْ تَلْبَسَ الخفَّيْنِ غيرَ أنّها لا تُغَطِّي وجهها، أمَّا سَتْرُ سائرِ بَدَنِها؛ فلأنّ بَدَنَها عَوْرةٌ؛ وسَتْرُ العوْرةِ بما ليس بمَخيطٍ مُتَعَذِّرٌ فدَعَتِ الضّرورةُ إلى لُبْسِ المخيطِ، وأمَّا كشْفُ وجهِها فلِما رَوَيْنا عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: **«إحرامُ المرأةِ في وجهِها»**[٥] .

وعن عائشةَ أنّها قالتْ: كان الرّكْبانُ يَمُرُّونَ بنا ونحنُ مُحْرِماتٌ مع رسولِ اللّه ﷺ فإذا حاذَوْنا أسدَلَتْ إحدانا جلبابَها من رأسِها على وجهِها، فإذا جاوَزونا رفعنا[٦] .

فدَلَّ الحديثُ على أنّه ليس للمرأةِ أنْ تُغَطِّيَ وجهها وأنّها لو أسدَلَتْ على وجهِها شيئًا وجافَتْه عنه لا بَأسَ بذلك؛ ولأنّها إذا جافَتْه عن وجهِها صار كما لو جَلَسَتْ في قُبَّةٍ، أو استَتَرَتْ بفُسطاطٍ ، وَلا بَأسَ لها أنْ تَلْبَسَ الحريرَ والذَّهَبَ، وتَتَحلّى بأيِّ حِلْيةٍ شاءتْ عندَ عامَّةِ العُلَماءِ .

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ١١٠)، المختصر ص (٧٠).
(٢) مذهب المالكية: يكره أن يستظل من الشمس بظل من عصا أو ثوب ولا بأس بالفسطاط والبيت، وقال: لا بأس بالظلال للمحرم إذا كان زميله امرأة محرمة، انظر: قوانين الأحكام الشرعية ص (١٥٥).
(٣) أخرجه ابن سعد في «الطبقات»، (٣/ ٢٧٩).
(٤) أورده الزيلعي في «نصب الراية»، (٣/ ٣٢)، وقال: غريب.
(٥) سبق تخريجه قريباً.
(٦) أخرجه أبو داود، كتاب: المناسك، باب: في المحرمة تغطي وجهها، برقم (١٨٣٣)، وابن ماجه، (٢٩٣٥)، والحديث ضعفه الألباني في ضعيف سنن أبي داود، وصححه في مشكاة المصابيح، (٢٦٩٠).

وعن عَطاءٍ أنّه كرِهَ ذلك، والصّحيحُ قولُ العامّةِ لما رُوِيَ أنّ ابنَ عمرَ رضي الله عنه كان يُلْبِسُ نِساءَه الذَّهَبَ والحريرَ في الإحرامِ؛ ولأنّ لُبْسَ هذه الأشياءِ من بابِ التّزَيُّنِ والمُحْرِمُ غيرُ مَمْنوعٍ من الزِّينةِ، ولا يلبَسُ ثَوْبًا مَصْبوغًا؛ لأنّ المانِعَ ما فيه من الصّبْغِ من الطِّيبِ لا من الزِّينةِ، والمرأةُ تُساوِي الرّجُلَ في الطِّيبِ.

وأمّا لُبْسُ القُفَّازَيْنِ فلا يُكْرَه عندَنا[١]، وهو قولُ عَليٍّ وعائشةَ رضي الله عنهما. وقال الشّافعيُّ: لا يجوزُ[٢] واحتَجَّ بحديثِ ابنِ عمرَ رضي الله عنه فإنّه ذكر في آخِرِه «ولا تنتقِبُ المرأةُ، ولا تَلْبَسُ القُفَّازَيْنِ»[٣]؛ ولأنّ العادةَ في بَدَنِها السّتْرُ فيجبُ مُخالَفَتُها بالكشْفِ كوجهِها.

(ولَنا): ما رُوِيَ أنّ سَعدَ بنَ أبي وقّاصٍ رضي الله عنه كان يُلْبِسُ بَناتِه وهُنّ مُحْرِماتٌ القُفَّازَيْنِ[٤] ولأنّ لُبْسَ القُفَّازَيْنِ ليس إلاّ تَغْطيةَ يَدَيْها بالمخيطِ، وأنّها غيرُ مَمْنوعةٍ عن ذلك، فإنّ لها أنْ تُغَطِّيَهما بقَميصِها، وإنْ كان مَخيطًا فكذا بمِخيَطٍ آخَرَ، بخلافِ وجهِها.

وقولُه «ولا تَلْبَسُ القُفَّازَيْنِ» نَهْيُ نَدْبٍ حَمَلْناه عليه جَمْعًا بين الدّلائلِ بقدرِ الإمكانِ [١/ ٢٥٥أ] والله أعلم.

وَأمّا بيانُ ما يجبُ بفعلِ هذا المحظورِ وهو: لُبْسُ المخيطِ فالواجبُ به يختلفُ في بعضِ المواضعِ: يجبُ الدّمُ عَيْنًا، وفي بعضِها: تجبُ الصّدَقةُ عَيْنًا، وفي بعضِها: يجبُ أحدُ الأشياءِ الثّلاثةِ غيرَ عَيْنِ الصِّيامِ، أو الصّدَقةِ، أو الدّمِ، وجِهاتُ التّعيينِ إلى مَنْ عليه كما في كفّارةِ اليمينِ.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٣٨٣)، المبسوط (٤/ ١٢٨)، فتح القدير مع الهداية (٢/ ٥١٤)، حاشية ابن عابدين (٢/ ١٩٥)، البناية مع الهداية (٤/ ١٧٣، ١٧٤).

(٢) مذهب الشافعية: قال في مختصر المزني: «وأن لها أن تلبس القميص والقباء والدروع والسراويل والخمار والخفين والقفازين»، وقال النووي في المجموع: «هل يحرم عليها لبس القفازين، فيه قولان مشهوران: أصحهما عند الجمهور تحريمه وهو نصه في الأم والإملاء ويجب فيه الفدية، والثاني: لا يحرم ولا فدية». انظر: مختصر المزني ص (٦٥)، الأم (٢/ ١٤٨)، حلية العلماء (٣/ ٢٤٤)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٢٥٠، ٢٦٣، ٢٦٩)، فتح العزيز مع الوجيز بذيل المجموع (٧/ ٤٥٤، ٤٥٥).

(٣) أخرجه البخاري، كتاب: الحج، باب: ما ينهى من الطيب للمحرم والمحرمة، برقم (١٨٣٨)، وأبو داود، (١٨٢٣)، والترمذي، (٨٣٣)، والنسائي، (٢٦٧٣)، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٤) أخرجه ابن عبد البر في «التمهيد»، (١٥/ ١٠٧).

والأصلُ أنّ الارتِفاقَ الكامِلَ باللُّبْسِ يوجِبُ فِداءً كامِلاً فيتعَيّنُ فيه الدّمُ، لا يجوزُ غيرُه إنْ فعله من غيرِ عُذْرٍ، وإنْ فعله لعُذْرٍ فعليه أحدُ الأشياءِ الثّلاثةِ، والارتِفاقُ القاصِرُ يوجِبُ فِداءً قاصِرًا وهو: الصّدَقةُ إثباتًا للحكمِ على قدرِ العِلّةِ.

وبيانُ هذه الجُمْلةِ إذا لَبِسَ المخيطَ: من قَميصٍ، أو جُبّةٍ، أو سَراويلَ، أو عِمامةٍ، أو قَلَنسوةٍ أو خُفَّيْنِ، أو جَوْرَبَيْنِ من غيرِ عُذْرٍ وضرورةٍ يومًا كامِلاً. فعليه الدّمُ لا يجوزُ غيرُه؛ لأنّ لُبْسَ أحدِ هذه الأشياءِ يومًا كامِلاً ارتِفاقٌ كامِلٌ فيوجِبُ كفّارةً كامِلةً وهي: الدّمُ لا يجوزُ غيرُه؛ لأنّه فعله من غيرِ ضرورةٍ، وإنْ لَبِسَ أقَلَّ من يومٍ لا دَمَ عليه وعليه الصّدَقةُ، وكان أبو حنيفةَ يقولُ أوّلاً: إنْ لَبِسَ أكثرَ اليومِ فعليه دَمٌ. وكذا رُوِيَ عن أبي يوسفَ ثمّ رجع وقال: لا دَمَ عليه حتّى يلبَسَ يومًا كامِلاً، ورُوِيَ عن محمّدٍ أنّه إذا لَبِسَ أقَلَّ من يومٍ يُحْكَمُ عليه بمقدارِ ما لَبِسَ من قيمةِ الشّاةِ، إنْ لَبِسَ نصفَ يومٍ فعليه قيمةُ نصفِ شاةٍ على هذا القياسِ[1]، وهكذا رُوِيَ عنه في الحلْقِ. وقال الشّافعيُّ: «يجبُ عليه الدّمُ، وإنْ لَبِسَ ساعةً واحِدةً»[2].

(وجه قولِه): أنّ اللُّبْسَ ولو ساعةً ارتِفاقٌ كامِلٌ لوُجودِ اشتِمالِ المخيطِ على بَدَنِه، فيلزَمُه جَزاءٌ كامِلٌ.

(وجه روايةِ محمّدٍ): اعتِبارُ البعضِ بالكُلِّ.

(وجه قولِ أبي حنيفةَ الأوّلِ): بأنّ الارتِفاقَ باللُّبْسِ في أكثرِ اليومِ بمنزِلةِ الارتِفاقِ في كُلِّه؛ لأنّه ارتِفاقٌ كامِلٌ، فإنّ الإنسانَ قد يلبَسُ أكثرَ اليومِ ثمّ يَعودُ إلى منزِلِه قبلَ دخولِ الليلِ.

(وجه قولِه الآخرِ): أنّ اللُّبْسَ أقَلَّ من يومٍ ارتِفاقٌ ناقِصٌ؛ لأنّ المقصودَ منه دَفْعُ الحرِّ والبرْدِ وذلك باللُّبْسِ في كُلِّ اليومِ، ولِهذا اتّخَذَ النّاسُ في العادةِ للنّهارِ لباسًا ولِلَّيْلِ لباسًا، ولا يَنْزِعونَ لباسَ النّهارِ إلاّ في الليلِ فكان اللُّبْسُ في بعضِ اليومِ ارتِفاقًا قاصِرًا، فيوجِبُ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٨١)، المبسوط (٤/ ١٢٥، ١٢٦)، تحفة الفقهاء (١/ ٤١٩)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٢٨، ٣٠)، البناية مع الهداية (٤/ ٢٤٧، ٢٤٩).

(٢) مذهب الشافعية: أنه إذا لبس المحرم المخيط يوماً تامًّا فعليه دم سواء لبس قليلاً أو كثيراً، انظر: المجموع شرح المهذب (٧/ ٣٧٦ - ٣٧٨، ٣٨٣، ٣٨٤)، فتح العزيز مع المجموع (٧/ ٤٣٩ - ٤٤١).

كفّارةَ قاصِرةَ وهي الصّدَقةُ كقَصِّ ظُفْرٍ واحِدٍ، ومقدارُ الصّدَقةِ نصفُ صاعٍ من بُرٍّ كذا رَوَى ابنُ سِماعةَ عن أبي يوسفَ أنّه يُطْعِمُ مِسكينًا نصفَ صاعٍ من بُرٍّ. وكُلُّ صَدَقةٍ تجبُ بفعلِ ما يحظُره الإحرامُ فهي مُقدَّرةٌ بنصفِ صاعٍ إلاَّ ما يجبُ بقَتْلِ القمْلةِ والجرادةِ.

ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ: أنّ مَنْ لَبِسَ ثَوْبًا يومًا إلاَّ ساعةً فعليه من الدّمِ بمقدارِ ما لَبِسَ أي: من قيمةِ الدّمِ لما قلنا. والصّحيحُ قولُ أبي يوسفَ؛ لأنّ الصّدَقةَ المُقدَّرةَ للمِسكينِ في الشّرعِ لا تنقُصُ عن نصفِ صاعٍ كصَدَقةِ الفِطْرِ، وكفّارةِ اليمينِ، والفِطْرِ، والظِّهارِ. وكذا لو أدخَلَ مَنْكِبَيْه في القباءِ، ولم يُدْخِلْ يَدَيْه في كُمَّيْه لكنّه زَرَّه عليه أو زَرَّ عليه طَيْلَسانًا يومًا كامِلاً، فعليه دَمٌ لوُجودِ الارتِفاقِ الكامِلِ بلُبْسِ المخيطِ، إذِ المُزرَّرُ مَخيطٌ. وكذا لو غَطَّى رُبْعَ رأسِه يومًا فصاعِدًا فعليه دَمٌ، وإنْ كان أقَلَّ من الرّبْعِ فعليه صَدَقةٌ، كذا ذُكِرَ في الأصلِ.

وذكر ابنُ سِماعةَ [في نوادِرِه] عن محمّدٍ [أنّه لا دَمَ عليه حتّى يُغَطِّيَ الأكثرَ من رأسِه، ولا أقولُ: حتّى يُغَطِّيَ رأسَه كُلَّه.

(وجه روايةِ ابنِ سِماعةَ عن محمّدٍ):] [(١)] أنّ تَغْطيةَ الأقَلِّ ليس بارتِفاقٍ كامِلٍ، فلا يجبُ به جَزاءٌ كامِلٌ.

(وجه روايةِ الأصلِ): أنّ رُبْعَ الرّأسِ له حكمُ الكُلِّ في هذا البابِ، كحَلْقِ رُبْعِ الرّأسِ وعلى هذا إذا غَطَّتِ المرأةُ رُبْعَ وجهِها وكذا لو غَطَّى الرّجُلُ رُبْعَ وجهِه عندَنا، وعندَ الشّافعيِّ لا شيءَ عليه[(٢)]؛ لأنّه غيرُ مَمْنوعٍ عن ذلك عندَه، والمسألةُ قد تقدَّمَتْ.

ولو عَصَبَ على رأسِه، أو وجهِه يومًا أو أكثرَ فلا شيءَ عليه؛ لأنّه لم يوجَدِ ارتِفاقٌ كامِلٌ وعليه صَدَقةٌ؛ لأنّه مَمْنوعٌ عن التّغْطيةِ. ولو عَصَبَ شيئًا من جَسَدِه لعِلّةٍ أو غيرِ عِلّةٍ [لا شيءَ عليه؛ لأنّه غيرُ مَمْنوعٍ عن تَغْطيةِ بَدَنِه بغيرِ المخيطِ، ويُكْرَه أنْ يَفْعَلَ ذلك بغيرِ عُذْرٍ] [(٣)] لأنّ الشّدَّ عليه يُشْبِه لُبْسَ المخيطِ، هذا إذا لَبِسَ المخيطَ يومًا كامِلاً حالةَ الاختيارِ، فأمّا إذا لَبِسَه لعُذْرٍ وضرورةٍ فعليه أيّ الكفّاراتُ شاء: الصّيامَ، أو الصّدَقةَ، أو الدّمَ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) تقدمت هذه المسألة.
(٣) ليست في المخطوط.

والأصلُ فيه قوله تعالى في كفّارةِ الحلْقِ من مرَضٍ أو أذًى في الرّأسِ ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍۚ﴾[البقرة: ١٩٦].

ورَوَيْنا عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه «قال لكَعبِ بنِ عُجْرةَ: أيُؤذيك هَوامُ رأسِك»؟ قال: نَعَم فقال: «احلِقْ واذبَحْ شاةً، أو صُم ثلاثةَ أيامٍ، أو أطعِم سِتَّةَ مَساكينَ، لكُلِّ مِسكينٍ نصفُ صاعٍ من بُرٍّ»[1] والنّصُّ وإنْ ورد بالتّخييرِ في الحلْقِ، لكنّه معلولٌ بالتّيْسيرِ والتّسهيلِ للضّرورةِ والعُذْرِ، وقد وُجِدَ ههنا، والنّصُّ الوارِدُ هناك يكونُ وارِدًا ههنا دَلالةً.

وقيلَ: إنّ عندَ الشّافعيِّ يتخَيّرُ بين أحدِ الأشياءِ الثّلاثةِ في حالةِ الاختيارِ أيضًا، وأنّه غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ التّخييرَ في حالِ الضّرورةِ (للتّيْسيرِ والتّخفيفِ)[2]، والجاني لا يستَحِقُّ التّخفيفَ، ويجوزُ في الطّعامِ التّمليكُ، والتّمكينُ وهو: طَعامُ الإباحةِ في قولِ [١/ ٢٥٥ب] أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وعندَ محمّدٍ لا يجوزُ فيه إلاَّ التّمليكُ، ونذكرُ المسألةَ في كتابِ الكفّاراتِ إنْ شاء اللّه تعالى.

ويجوزُ في الصّيامِ التّتابُعُ والتّفرُّقُ لإطلاقِ اسمِ الصّومِ في النّصّ، ولا يجوزُ الذَّبْحُ إلاَّ في الحرَمِ كذبْحِ المُتْعةِ إلاَّ إذا ذَبحَ في غيرِ الحرَمِ، وتَصَدَّقَ بلَحمِه على سِتَّةِ مَساكينَ على كُلِّ واحِدٍ منهم قدرُ قيمةِ نصفِ صاعٍ من حِنْطةٍ؛ فيجوزُ على طَريقِ البدلِ عن الطّعامِ، ويجوزُ الصّومُ في الأماكِنِ كُلِّها بالإجماعِ. وكذا الصّدَقةُ عندَنا وعندَ الشّافعيِّ لا تُجْزيه، إلاَّ بمكّةَ[3] نَظَرًا لأهلِ مكّةَ؛ لأنّهم يَنْتفِعونَ به ولِهذا لم يَجز الدّمُ إلاَّ بمكّةَ.

ولَنا: أنَّ نَصّ الصّدَقةِ مُطْلَقٌ عن المكانِ فيَجْري على إطلاقِه، والقياسُ على الدّمِ بمعنى الانتِفاعِ فاسِدٌ لما ذكرنا في الإحصارِ، وإنّما عُرِفَ اختِصاصُ جوازِ الذَّبحِ بمكّةَ بالنّصّ، وهو قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْهَدْىُ مَحِلَّهُۥۚ﴾ [البقرة:١٩٦] ولم يوجَدْ مثلُه في الصّدَقةِ وقد ذكرنا أنّ المُحْرِمَ إذا لم يَجِدِ الإزارَ وأمكنَه فتْقُ السّراويلِ والتّسَتُّرُ به فتقَه، فإنْ لَبِسَه يومًا ولم يَفْتُقْه

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الحج: باب: قول الله تعالى: ﴿أَوْ صَدَقَةٍ﴾ [البقرة:١٩٦]، وهي إطعام ستة مساكين، حديث (١٨١٥)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: جواز حلق الرأس للمحرم، حديث (١٢٠١)، وأبو داود (١٨٥٦)، والترمذي (٢٩٧٤)، وابن حبان (٩/ ٢٩٠)، (٣٩٧٨)، من حديث كعب بن عجرة.

(٢) في المخطوط: «للتخفيف».

(٣) تقدمت هذه المسألة في الكلام على الإحصار.

فعليه دَمٌ في قولِ أصحابِنا[1].

وقال الشّافعيُّ: يلبَسُه ولا شيءَ عليه[2].

(وجه قولِه): أنّ الكفّارةَ إنّما تجبُ بلُبْسِ محظورٍ، ولُبْسُ السّراوِيلِ في هذه الحالةِ ليس بمحظورٍ؛ لأنّه لا يُمْكِنُه لُبْسُ غيرِ المخيطِ إلاّ بالفتْقِ، وفي الفتْقِ تنقيصُ مالِه.

(ولَنا): أنَّ حَظْرَ لُبْسِ المخيطِ ثبت بعقْدِ الإحرامِ، ويُمْكِنُه التّستُّرُ بغيرِ المخيطِ في هذه الحالةِ بالفتْقِ فيجبُ عليه الفتْقُ، والسّتْرُ بالمفتوقِ أولى، فإذا لم يَفْعَلْ فقد ارتكَبَ محظورَ إحرامِه يومًا كامِلاً فيلزَمُه الدّمُ. وقولُه: (في الفتْقِ تنقيصُ مالِه) مُسلَّمٌ لكنْ لإقامةِ حَقِّ اللَّه تعالى، وأنّه جائزٌ كالزّكاةِ وله قَطْعُ الخفَّيْنِ أسفَلَ من الكعبيْنِ إذا لم يَجِدِ النّعلينِ، وَيستَوِي في وُجوبِ الكفّارةِ بلُبْسِ المخيَطِ العمدُ، والسّهوُ، والطّوْعُ، والكُرْه عندَنا[3].

وقال الشّافعيُّ: لا شيءَ على النّاسي والمُكْرَه[4] ويستَوِي أيضًا ما إذا لَبِسَ بنفسِه أو ألبَسَه غيرُه، وهو لا يَعلَمُ به عندَنا خلافًا له.

وجه قولِه: أنّ الكفّارةَ إنّما تجبُ بارتِكابِ محظورِ الإحرامِ لكونِه جِنايةً، ولا حَظْرَ مع النّسيانِ والإكراه، فلا يوصَفُ فعلُه بالجِنايةِ فلا تجبُ الكفّارةُ، ولِهذا جُعِلَ النّسيانُ عُذْرًا في بابِ الصّومِ بالإجماعِ، والإكراه عندي.

(ولَنا): أنَّ الكفّارةَ إنّما تجبُ في حالِ الذِّكْرِ والطّوْعِ لوُجودِ ارتِفاقٍ كامِلٍ، وهذا يوجَدُ في حالِ الكُرْه والسّهوِ. وقولُه: (فعلُ النّاسي والمُكْرَه لا يوصَفُ بالحظْرِ) مَمْنوعٌ بل

---

(١) **انظر في مذهب الحنفية**: المبسوط (٤/ ١٢٦ - ١٢٧)، فتح القدير (٣/ ٣٠)، البحر الرائق (٣/ ٨).

(٢) **في بيان مذهب الشافعية**: يقول الشيرازي: قال في الإملاء: وإن لم يجد إزاراً جاز أن يلبس السراويل ولا فدية عليه لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من لم يجد إزاراً فليلبس السراويل ومن لم يجد نعلين فليلبس الخفين». انظر المهذب مع المجموع (٧/ ٢٦٤)، الأم (٢/ ١٦٠)، أسنى المطالب (١/ ٥٠٦)، الغرر البهية (٢/ ٣٤١)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١٦٧).

(٣) **انظر في مذهب الحنفية**: المبسوط (٤/ ٧٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٥٥)، الجوهرة النيرة (١/ ١٦٩)، فتح القدير (٣/ ٣٥)، درر الحكام (١/ ٢٤٥)، رد المحتار (٢/ ٥٤٣ - ٥٤٤).

(٤) **في بيان مذهب الشافعية**: يقول النووي: «إذا تطيب أو لبس أو دهن رأسه أو لحيته جاهلاً بتحريم ذلك، أو ناسياً الإحرام فلا فدية عليه»، نص عليه الشافعي، واتفق عليه الأصحاب إلا المزني فأوجبها، انظر المجموع شرح المهذب (٧/ ٣٦٢ - ٣٦٣)، الأم (٨/ ١٦٢)، أسنى المطالب (١/ ٥٠٨ - ٥٠٩)، تحفة المحتاج (٤/ ١٦٦ - ١٦٧)، حاشية الجمل (٢/ ٥٠٢)، تحفة الحبيب (٢/ ٤٦٥).

الحظْرُ قائمٌ حالةَ النِّسيانِ والإكراه، وفعلُ النّاسي والمُكْرَه موصُوفٌ بكونِه جِنايةً، وإنّما أَثَّرَ النِّسيانُ والإكراه في ارتِفاعِ المُؤَاخَذةِ في الآخِرةِ؛ لأنّ فعلَ النّاسي والمُكْرَه جائزُ المُؤَاخَذةِ عليه عَقْلاً عندَنا، وإنّما رُفِعَتِ المُؤَاخَذةُ شرعًا ببَرَكةِ دُعا النّبيِّ ﷺ بقولِه: «﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا﴾[البقرة: ٢٨٦]، وقولُه: «رُفِعَ عن أُمّتي الخطأُ والنِّسيانُ وما استُكْرِهوا عليه»[1] والاعتِبارُ بالصّومِ غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ في الإحرامِ أحوالاً مُذَكِّرةً يَنْدُرُ النِّسيانُ معها غايةَ النُّدْرةِ، فكان مُلْحَقًا بالعدَمِ ولا مُذَكِّرَ للصّوْمِ فجُعِلَ عُذْرًا دَفْعًا للحَرَجِ، ولِهذا لم يُجْعَلْ عُذْرًا في بابِ الصّلاةِ؛ لأنّ أحوالَ الصّلاةِ مُذَكِّرةٌ كذا هذا.

ولو جَمع المُحْرِمُ اللِّباسَ كُلَّه: القميصَ، والعِمامةَ، والخفَّيْنِ، لَزِمَه دَمٌ واحِدٌ؛ لأنّه لُبْسٌ واحِدٌ وقَعَ على جِهةٍ واحِدةٍ، فيَكْفيه كفّارةٌ واحِدةٌ كالإيلاجاتِ في الجِماعِ.

ولو اضْطُرَّ المُحْرِمُ إلى لُبْسِ ثَوْبٍ فلَبِسَ ثَوْبَيْنِ فإنْ لَبِسَهما على موضِعِ الضّرورةِ فعليه كفّارةٌ واحِدةٌ وهي كفّارةُ الضّرورةِ، بأنِ اضْطَرَّ إلى قَميصٍ واحِدٍ فلَبِسَ قَميصَيْنِ، أو قَميصًا وجُبّةً، أو اضْطُرَّ إلى القلَنْسوةِ فلَبِسَ قَلَنْسوةً وعِمامةً؛ لأنّ اللُّبْسَ حَصَلَ على وجهٍ واحِدٍ فيوجِبُ كفّارةً واحِدةً، كما إذا اضْطَرَّ إلى لُبْسِ قَميصٍ فلَبِسَ جُبّةً، وإنْ لَبِسَهما على موضِعَيْنِ مختلِفَيْنِ: موضِعِ الضّرورةِ وغيرِ [موضِعِ][2] الضّرورةِ، كما إذا اضْطَرَّ إلى لُبْسِ العِمامةِ أو القلَنْسوةِ فلَبِسَهما مع القميصِ أو غيرِ ذلك، فعليه كفّارَتانِ: كفّارةُ الضّرورةِ للُبْسِه ما يحتاجُ إليه، وكفّارةُ الاختيارِ للُبْسِه ما لا يحتاجُ إليه.

ولو لَبِسَ ثَوْبًا للضَّرورةِ ثمّ زالَتِ الضّرورةُ، فدامَ على ذلك يومًا أو يومَيْنِ فما دامَ في شَكٍّ من زَوالِ الضّرورةِ لا يجبُ عليه إلاّ كفّارةٌ واحِدةٌ: كفّارةُ الضّرورةِ. وإنْ تَيَقَّنَ بأنّ الضّرورةَ قد زالَتْ، فعليه كفّارَتانِ: كفّارةُ ضرورةٍ، وكفّارةُ اختيارٍ؛ لأنّ الضّرورةَ كانتْ ثابِتةً بيَقينٍ، فلا يُحْكَمُ بزَوالِها بالشّكِّ على الأصلِ المعهودِ إنّ الثّابِتَ يَقينًا لا يزالُ بالشّكِّ.

وإذا كان كذلك فاللُّبْسُ الثّاني وقَعَ على الوجه الذي وقَعَ عليه الأوّلُ، فكان لُبْسًا واحِدًا فيوجِبُ كفّارةً واحِدةً، وإذا استَيْقَنَ بزَوالِ الضّرورةِ، فاللُّبْسُ الثّاني حَصَلَ [١/ ٢٥٦أ] على غيرِ الوجه الذي حَصَلَ عليه الأوّلُ، فيوجِبُ عليه كفّارةً أُخرى.

---

(١) سبق تخريجه قريبًا.

(٢) ليست في المخطوط.

ونَظيرُ هذا ما إذا كان به قَرْحٌ أو جُرْحٌ، اضْطَرَّ إلى مُداواتِه بالطِّيبِ أنّه ما دامَ باقيًا فعليه كفّارةٌ واحِدةٌ، وإنْ كان تَكَرَّرَ عليه الدّواءُ؛ لأنّ الضّرورةَ باقيةٌ فوَقَعَ الكُلُّ على وجهٍ واحِدٍ. ولو بَرأ ذلك القرْحُ أو الجُرْحُ، وحَدَثَ قَرْحٌ آخَرُ أو جِراحةٌ أُخرى فداوَاها بالطِّيبِ يلزَمُه كفّارةٌ أُخرى؛ لأنّ الضّرورةَ قد زالَتْ فوَقَعَ الثّاني على غيرِ الوجه الأوّلِ، وكذا المُحْرِمُ إذا مرِضَ أو أصابَتْه الحُمَّى، وهو يحتاجُ إلى لُبْسِ الثّوبِ في وقتٍ، ويستَغْني عنه في وقتِ [الحُمَّى،] (١) فعليه كفّارةٌ واحِدةٌ، ما لم تَزُلْ عنه تلك العِلَّةُ لحُصُولِ اللُّبْسِ على جِهةٍ واحِدةٍ. ولو زالَتْ عنه تلك الحُمَّى وأصابَتْه حُمَّى أُخرى غَيْر ذلك، أو زالَ عنه ذلك المرَضُ وجاءه مرَضٌ آخَرُ فعليه كفّارَتانِ، سَواءٌ كفَّرَ للأوّلِ أو لم يُكَفِّرْ في قولِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ.

وعندَ محمّدٍ عليه كفّارةٌ واحِدةٌ ما لم يُكَفِّرْ للأوّلِ، فإنْ كفَّرَ للأوّلِ فعليه كفّارةٌ أُخرى وسَنذكرُ المسألةَ إنْ شاء اللّه في بيانِ المحظورِ الذي يُفْسِدُ الحجَّ وهو الجِماعُ، بأنْ جامع [ثم جامع] (٢) في مجلسَيْنِ مختلِفَيْنِ.

ولو جُرِحَ له قَرْحٌ، أو أصابَه جُرْحٌ وهو يُداوِيه بالطِّيبِ، فخرجتْ قرحةٌ أُخرى، أو أصابَه جُرْحٌ آخَرُ - والأوّلُ على حالِه لم يَبْرأ - فداوَى الثّاني فعليه كفّارةٌ واحِدةٌ؛ لأنّ الأوّلَ [إذا] (٣) لم يَبْرأ فالضّرورةُ باقيةٌ، فالمُداواةُ الثانيةُ حَصلَتْ على الجِهةِ التي حَصلَتْ عليها الأُولى، فيَكْفيه كفّارةٌ واحِدةٌ.

ولو حَصَرَه عَدوٌّ فاحتاجَ إلى لُبْسِ الثِّيابِ فلَبِسَ، ثمّ ذهب فنَزَعَ ثمّ عاد فعاد أو كانَ العدوُّ لم يَبْرَحْ مَكانه فكان يلبَسُ السِّلاحَ، فيُقاتلُ بالنّهارِ ويَنْزِعُ بالليلِ فعليه كفّارةٌ واحِدةٌ، ما لم يَذْهَبْ هذا العدوُّ ويَجيءُ عَدوٌّ آخَرُ؛ لأنّ العُذْرَ واحِدٌ، والعُذْرُ الواحِدُ لا يتعلَّقُ باللُّبْسِ له إلاّ كفّارةٌ واحِدةٌ.

والأصلُ في جِنْسِ هذه المسائلِ أنّه يُنْظَرُ إلى اتِّحادِ الجِهةِ واختِلافِها، لا إلى صُورةِ اللُّبْسِ، فإنْ لَبِسَ المخيطَ أيّامًا فإنْ لم يَنْزِع ليلاً ولا نهارًا يَكْفيه دَمٌ واحِدٌ بلا خلافٍ؛ لأنّ اللُّبْسَ على وجهٍ واحِدٌ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) زيادة من المخطوط.

وكذلك إذا كان يلبَسُه بالنّهارِ وينْزِعُه بالليلِ للنّوْمِ من غيرِ أنْ يَعزِمَ على تركِه لا يلزَمُه إلاَّ دَمٌ واحِدٌ بالإجماعِ؛ لأنّه إذا لم يَعزِمْ على التّرْكِ كان اللُّبْسُ على وجهٍ واحِدٍ، فإنْ لَبِسَ يومًا كامِلاً فأراقَ دَمًا، ثمّ دامَ على لُبْسِه يومًا كامِلاً فعليه دَمٌ آخَرُ بلا خلافٍ؛ لأنّ الدّوامَ على اللُّبْسِ بمنزلةِ لُبْسٍ مُبْتَدَإٍ، بدليلِ أنّه لو أحرم وهو مشتَمِلٌ على المخيطِ فدامَ عليه بعدَ الإحرامِ يومًا كامِلاً يلزَمُه دَمٌ. ولو لَبِسَه يومًا كامِلاً ثمّ نَزَعَه وعَزَمَ على تركِه، ثمّ لَبِسَ بعدَ ذلك، فإنْ كان كفَّرَ للأوّلِ فعليه كفّارةٌ أُخرى بالإجماعِ؛ لأنّه لَمَّا كفَّرَ للأوّلِ فقد التَحَقَ اللُّبْسُ الأوّلُ بالعدَمِ، فيُعتَبَرُ [1] الثّاني لُبْسًا [آخَرَ] [2] مُبْتَدَأً، (وإنْ كان) [3] لم يُكَفِّرْ للأوّلِ، فعليه كفّارَتانِ في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وفي قولِ محمّدٍ عليه كفّارةٌ واحِدةٌ.

(وجه قولِ محمّدٍ): أنّه ما لم يُكَفِّرْ للأوّلِ كان اللُّبْسُ على حالِه، فإذا وُجِدَ الثّاني فلا يتعلَّقُ به إلاَّ كفّارةٌ واحِدةٌ، وإذا كفَّرَ للأوّلِ بَطَلَ الأوّلُ فيُعتَبَرُ الثّاني لُبْسًا ثانيًا فيوجِبُ كفّارةً أُخرى، كما إذا جامع في يومَيْنِ من شهرِ رمضانَ، ولهما أنّه لَمَّا نَزَعَ على عَزْمِ التّرْكِ فقد انقطَعَ حكمُ اللُّبْسِ الأوّلِ، فيُعتَبَرُ الثّاني لُبْسًا مُبْتَدَأً فيتعلَّقُ به كفّارةٌ أُخرى.

والأصلُ عندَهما أنّ النّزْعَ على عَزْمِ التّرْكِ يوجِبُ اختِلافَ اللُّبْسَتَيْنِ في الحكمِ، تخَلَّلَهما التّكفيرُ أو لا وعندَه لا يختلفُ إلاَّ إذا تخَلَّلَهما التّكفيرُ.

ولو لَبِسَ ثَوْبًا مَصْبوغًا بالوَرْسِ أو الزّعفرانِ فعليه دَمٌ؛ لأنّ الوَرْسَ والزّعفرانَ لهما رائحةٌ طَيِّبةٌ، فقد استَعملَ الطِّيبَ في بَدَنِه فيلزَمُه الدّمُ. وكذا إذا لَبِسَ المُعَصْفر عندَنا، لأنّه محظورُ الإحرامِ عندنا، إذِ المُعَصْفَرُ طيبٌ؛ لأنّ له رائحةً طَيِّبةً وعلى القارِنِ في جميعِ ما يوجِبُ الكفّارةَ مَثَلاً ما على المُفْرِدِ من الدّمِ والصّدَقةِ عندَنا؛ لأنّه مُحْرِمٌ بإحرامَيْنِ، فأدخَلَ النّقْصَ في كُلِّ واحِدٍ منهما فيلزَمُه كفّارَتانِ، واللهُ أعلَمُ بالصّوابِ.

* * *

---

(١) في المخطوط: «فتعين».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المطبوع: «إن».

فصلٌ [فيما يرجع إلى الطيب]

وأمَّا الذي يرجعُ إلى الطِّيبِ، وما يَجْري مجراه من إزالةِ الشّعَثِ وقضاءِ التّفَثِ.

أمَّا الطِّيبُ فنقول: لا يتطَيَّبُ المُحْرِمُ لقولِ النبيِّ ﷺ: «المُحْرِمُ الأشعَثُ الأغبَرُ» [١] والطِّيبُ يُنافي الشّعَثَ. ورُوِيَ أنّ رجلاً جاء إلى النّبيِّ ﷺ وعليه مقطَعانِ مُضَمَّخانِ بالخلوقِ فقال: ما أصنَعُ في حَجَّتي يا رسولَ اللَّه؟ فسَكَتَ النبيُّ ﷺ حتّى أوحَى اللَّه إليه، فلَمَّا سُرِّيَ عنه (قال ﷺ) [٢]: «أينَ [١/ ٢٥٦ب] السّائلُ؟» فقال الرّجُلُ: أنا، فقال: «اغسِلْ هذا الطِّيبَ عنك، واصنع في حَجَّتِك ما كُنْت صانِعًا في عُمْرَتِك» [٣] ورَوَيْنا أنّ مُحْرِمًا وقَصَتْ به ناقَتُه فقال النّبيُّ ﷺ: «لا تُخَمِّروا رأسَه، ولا تُقَرِّبوه طيبًا فإنّه يُبْعَثُ يومَ القيامةِ مُلَبِّيًا» [٤] جَعلُ كونِه مُحْرِمًا عِلَّةَ حُرْمةِ تخميرِ الرّأسِ، والتّطَيُّبِ في حَقِّه، فإنْ طَيّبَ عُضْوًا كامِلًا: كالرّأسِ، والفخِذِ، والسّاقِ ونحوِ ذلك فعليه دَمٌ، وإنْ طَيّبَ أقَلَّ من عُضْوٍ فعليه صَدَقةٌ. وقال محمّدٌ: يُقَوِّمُ ما يجبُ فيه الدّمُ فيتصَدَّقُ بذلك القدرِ، حتّى لو طَيّبَ رُبْعَ عُضْوٍ، فعليه من الصّدَقةِ قدرُ قيمةِ رُبْعِ شاةٍ، وإنْ طَيّبَ نصفَ عُضْوٍ تَصَدَّقَ بقدرِ قيمةِ نصفِ شاةٍ هكذا.

وذكر الحاكِمُ في المُنْتقَى في موضِعٍ إذا طَيّبَ مثلَ الشّارِبِ أو بقدرِه من اللِّحْيةِ، فعليه صَدَقةٌ، وفي موضِعٍ إذا طَيّبَ مقدارَ رُبْعِ الرّأسِ فعليه دَمٌ [٥]، أعطَى الرّبْعَ حكمَ الكُلِّ كما في الحلْقِ.

وقال الشّافعيُّ: في قَليلِ الطِّيبِ وكَثيرِه دَمٌ لوُجودِ الارتِفاقِ [٦] ومحمّدٌ اعتبَرَ البعضَ

---

(١) لم أجد له أصلاً. (٢) في المخطوط: «فقال».

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: يفعل في العمرة ما يفعل في الحج، حديث (١٧٨٩)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: ما يباح للمحرم بحج، حديث (١١٨٠)، والنسائي (٢٧٠٩)، وابن حبان (٩/ ٩٠)، (٣٧٧٩) من حديث يعلى بن أمية.

(٤) سبق تخريجه قريباً.

(٥) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ١٢٢)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٢٥)، البناية مع الهداية (٤/ ٢٤٠ - ٢٤٢)، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (١/ ٢٩٢)، حاشية ابن عابدين (٢/ ٢٠٦)، متن القدوري ص (٣٠).

(٦) مذهب الشافعية: أنه في قليله وكثيره دم، قال في الأم: إذا أحرم فمس من الطيب شيئاً قل أو كثر بيده أو أمسه جسده وهو ذاكر لحرمته غير جاهل بأنه لا ينبغي له افتدى. انظر: الأم (٢/ ١٥١)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٣٧٦ - ٣٧٨، ٣٨٣، ٣٨٤)، فتح العزيز مع الوجيز بذيل المجموع (٧/ ٤٦٠).

بالكُلِّ والصّحيحُ ما ذُكِرَ في الأصلِ؛ لأنّ تَطْييبَ عُضْوٍ كامِلٍ ارتِفاقٌ كامِلٌ، فكان جِنايةً كامِلةً فيوجِبُ كفّارةً كامِلةً، وتَطْييبَ ما دونِه ارتِفاقٌ قاصِرٌ فيوجِبُ كفّارةً قاصِرةً، إذِ الحكمُ يَثْبُتُ على قدرِ السّبَبِ، فإنْ طَيّبَ مواضعَ مُتفرّقةً من كُلِّ عُضْوٍ يَجْمَعُ ذلك كُلَّه، فإذا بَلَغَ عُضْوًا كامِلاً يجبُ عليه دَمٌ، وإنْ لم يَبْلُغْ فعليه صَدَقةٌ لما قلنا.

وَإنْ طَيّبَ الأعضاءَ كُلَّها، فإنْ كان في مجلسٍ واحِدٍ فعليه دَمٌ واحِدٌ؛ لأنّ جِنْسَ الجِنايةِ واحِدٌ حَظَرَها إحرامٌ واحِدٌ من جِهةٍ غيرِ مُتقَوّمةٍ فيَكْفيه دَمٌ واحِدٌ، وإنْ كان في مجلسَيْنِ مختلِفَيْنِ بأنْ طَيّبَ كُلَّ عُضْوٍ في مجلسٍ على حِدةٍ فعليه لكُلِّ واحِدٍ دَمٌ في قولِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ سَواءٌ ذَبَحَ للأوّلِ أو لم يَذْبَحْ كفَّرَ للأوّلِ أو لم يُكفِّرْ.

وقال محمّدٌ: إنْ ذَبَحَ للأوّلِ فكذلك وإنْ لم يَذْبَحْ فعليه دَمٌ واحِدٌ، والاختِلافُ فيه كالاختِلافِ في الجِماعِ بأنْ جامع قبلَ الوُقوفِ بعَرَفةَ ثمّ جامع، أنّه إنْ كان ذلك في مجلسٍ واحِدٍ يجبُ على كُلِّ واحِدٍ منهما دَمٌ واحِدٌ، وإنْ كان في مجلسَيْنِ مختلِفَيْنِ يجبُ على كُلِّ واحِدٍ منهما دَمانِ في قولِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ. وعندَ محمّدٍ إنْ ذَبَحَ للأوّلِ فعليه دَمٌ آخَرُ، وإنْ لم يَذْبَحْ يَكْفي دَمٌ واحِدٌ قياسًا على كفّارةِ الإفطارِ في شهرِ رمضانَ، وسَنذكرُ المسألةَ إنْ شاء اللَّه تعالى.

ولو ادَّهَنَ بدُهْنٍ، فإنْ كان الدُّهْنُ مُطَيِّبًا كدُهْنِ: البنفسَجِ، والوَرْدِ، والزِّنْبَقِ، والبانِ، والحرى، وسائرِ الأدهانِ التي فيها الطِّيبُ فعليه دَمٌ إذا بَلَغَ عُضْوًا كامِلاً[1].

وحُكِيَ عن الشّافعيِّ أنّ البنفسَجَ ليس بطيبٍ[2]، وأنّه غيرُ سَديدٍ؛ لأنّه دُهْنٌ مُطَيِّبٌ فأشبَهَ البانَ وغيرَه من الأدهانِ المُطَيِّبةِ، وإنْ كان غيرَ مُطَيِّبٍ بأنِ ادَّهَنَ بزَيْتٍ أو بشيرَجٍ فعليه دَمٌ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ عليه صَدَقةٌ[3].

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (١/ ٤٠٠، ٤٠١).

(٢) مذهب الشافعية: قال القفال في الحلية: أما البنفسج فقد قال الشافعي: ليس بطيب، فمن أصحابنا من قال: هو طيب قولاً واحدًا، ومنهم من قال: ليس بطيب قولاً واحدًا ومنهم من قال: قولان كالنرجس، قال النووي: الأصح أنه طيب، انظر: الأم (٢/ ١٥٢)، حلية العلماء (٣/ ٢٤٧)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٢٧٤، ٢٧٧، ٢٧٨، ٢٨٣)، فتح العزيز مع الوجيز (٧/ ٤٥٦، ٤٥٧).

(٣) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٧٦)، الجامع الصغير ص (١٥٤)، مختصر الطحاوي ص (٧٠)، المبسوط (٤/ ١٢٢)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٢٦، ٢٧)، البناية مع الهداية (٤/ ٢٤٥ - ٢٤٧).

وقال الشّافعيُّ: إنِ استَعملَه في شَعرِه فعليه دَمٌ، وإنِ استَعملَه في بَدَنِه فلا شيءَ عليه[(١)]. احتَجَّا بما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ ادَّهَنَ بزَيْتٍ وهو مُحْرِمٌ[(٢)] ولو كان ذلك موجِبًا للدَّمِ لَما فعل ﷺ؛ لأنّه ما كان يَفْعَلُ ما يوجِبُ الدّمَ؛ ولأنّ غيرَ المُطَيِّبِ من الأدهانِ يُستَعملُ استِعمالَ الغِذاءِ فأشبَهَ اللَّحمَ والشّحمَ والسّمْنَ إلاّ أنّه يوجِبُ الصّدَقةَ؛ لأنّه يقتُلُ الهوامَّ لا لكونِه طيبًا.

ولأبي حنيفةَ ما رُوِيَ عن أمِّ حَبيبةَ رضي الله عنها أنّه لَمّا نُعيَ إليها وفاةُ أخيها قَعَدَتْ ثلاثةَ أيّامٍ، ثمّ استَدْعَتْ بزِنةِ زَيْتٍ وقالتْ: ما لي إلى الطِّيبِ من حاجةٍ لكنّي سَمِعت رسولَ اللّه ﷺ قال: «لا يَحِلُّ لامرأةٍ تُؤمِنُ باللّه واليومِ الآخِرِ أنْ تَحُدَّ على مَيْتٍ فوقَ ثلاثةِ أيّامٍ إلاَّ على زَوْجِها أربعةَ أشهُرٍ وعَشرًا»[(٣)] سَمَّتِ الزّيْتَ طيبًا؛ ولأنّه أصلُ الطِّيبِ بدليلِ أنّه يُتَطَيَّبُ بإلقاءِ الطِّيبِ فيه، فإذا استَعملَه على وجه الطِّيبِ كان كسائرِ الأدهانِ المُطَيِّبةِ؛ ولأنّه يُزيلُ الشّعَثَ الذي هو عَلَمُ الإحرامِ وشِعارُه على ما نَطَقَ به الحديثُ، فصار جارِحًا إحرامَه بإزالةِ عَلَمِه، فتكامَلَتْ جِنايَتُه فيجبُ الدّمُ.

والحديثُ محمولٌ على (حالِ الضّرورةِ)[(٤)]؛ لأنّه ﷺ كما كان لا يَفْعَلُ ما يوجِبُ الدّمَ كان لا يَفْعَلُ ما يوجِبُ الصّدَقةَ، وعندَهما تجبُ الصّدَقةُ فكان المُرادُ منه حالةَ [العُذْرِ و][(٥)] الضّرورةِ، ثمّ إنّه ليس فيه أنّه لم يُكَفِّرْ فيُحْتَمَلُ أنّه فعل وكَفَّرَ، فلا يكونُ حُجَّةً.

ولو داوَى بالزّيْتِ جُرْحَه أو شُقوقَ رِجْليه فلا كفّارةَ عليه؛ لأنّه ليس بطيبٍ بنفسِه، وإنْ كان أصلَ الطِّيبِ لكنّه ما استَعملَه على وجه الطِّيبِ، فلا تجبُ به الكفّارةُ، بخلافِ ما إذا

---

(١) مذهب الشافعية: قال الشيرازي في المهذب: «فإن استعمله في رأسه وهو أصلع جاز، وإن استعمله في رأسه وهو محلوق لم يجز لأنه يمس الشعر إذا نبت». انظر: الأم (٢/ ١٥٢)، مختصر المزني ص (٦٦)، حلية العلماء (٣/ ٢٤٩)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٢٧٤، ٢٧٥، ٢٧٩، ٢٨٢).

(٢) أخرجه الترمذي في كتاب: الحج، باب: ما جاء في الحجر الأسود، حديث (٩٦٢)، وابن ماجه (٣٠٨٣)، والبيهقي في السنن (٥/ ٥٨)، (٨٨٨٩)، من حديث ابن عمر، وقال البيهقي: قال أحمد: رواه الأسود بن عامر شاذان عن حماد بن سلمة، قلت: والحديث ضعيف كما في ضعيف الترمذي.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: الجنائز، باب: إحداد المرأة، حديث (١٢٨٠)، ومسلم في كتاب: الطلاق، باب: وجوب الإحداد في عدة الوفاة، حديث (١٤٨٦)، وأبو داود (٢٢٩٩)، والترمذي (١١٩٥)، والنسائي (٣٥٠٠)، من حديث أم حبيبة.

(٤) في المخطوط: «حالة المضرة».

(٥) ليست في المخطوط.

تَداوَى بالطِّيبِ لا للتَّطَيُّبِ أنّه تجبُ به الكفَّارةُ؛ لأنّه طيبٌ في [١/ ٢٥٧أ] نفسِه فيستَوِي فيه استِعمالُه للتَّطَيُّبِ أو لغيرِه.

وذكر محمّدٌ في الأصلِ: وإنْ دَهَنَ شُقاقَ رِجْليه طَعَنَ عليه في ذلك فقيلَ: «الصّحيحُ شُقوقُ رِجْليه» وإنّما قال محمّدٌ ذلك اقتداءً بعمرَ بنِ الخطّابِ رضي الله عنه فإنّه قال هكذا في هذه المسألةِ.

ومن سيرةِ أصحابِنا الاقتداءُ بألفاظِ الصّحابةِ ومعاني كلامِهم رضي الله عنهم.

وَإنِ ادَّهَنَ بشَحمٍ أو سَمْنٍ فلا شيءَ عليه؛ لأنّه ليس بطيبٍ في نفسِه، ولا أصلَ للطِّيبِ بدليلِ أنّه لا يُطَيَّبُ بإلقاءِ الطِّيبِ فيه، ولا يَصيرُ طيبًا بوجهٍ.

وقد قال أصحابُنا: إنّ الأشياءَ التي تُستَعملُ في البدنِ على ثلاثةِ أنواعٍ: نوعٌ هو طيبٌ محضٌ مُعَدٌّ للتَّطَيُّبِ به كالمِسكِ والكافورِ، والعنبرِ وغيرِ ذلك، وتجبُ به الكفَّارةُ على أيِّ وجهٍ استُعمِلَ حتّى قالوا: لو داوَى عَيْنَه بطيبٍ تجبُ عليه الكفّارةُ؛ لأنّ العيْنَ عُضوٌ كامِلٌ استَعملَ فيه الطِّيبَ فتجبُ الكفَّارةُ.

ونوعٌ ليس بطيبٍ بنفسِه ولا فيه معنى الطِّيبِ، ولا يَصيرُ طيبًا بوجهٍ كالشّحمِ فسَواءٌ أُكِلَ أو ادُّهِنَ به أو جُعِلَ في شُقاقِ الرِّجْلِ لا تجبُ الكفَّارةُ.

ونوعٌ ليس بطيبٍ بنفسِه لكنّه أصلُ الطِّيبِ، يُستَعملُ على وجه الطِّيبِ، ويُستَعملُ على وجه الإدامِ كالزّيْتِ والشّيرَجِ، فيُعتَبَرُ فيه الاستِعمالُ، فإنِ استُعمِلَ استِعمالَ الأدهانِ في البدنِ يُعطَى له حكمُ الطِّيبِ، وإنْ استُعمِلَ في مَأكولٍ أو شُقاقِ رِجْلٍ لا يُعطَى له حكمُ الطِّيبِ كالشّحمِ، ولو كان الطِّيبُ في طَعامٍ طُبِخَ وتَغَيّرَ، فلا شيءَ على المُحْرِمِ في أكلِه، سَواءٌ كان يوجَدُ ريحُه أو لا؛ لأنّ الطِّيبَ صار مُستَهْلَكًا في الطّعامِ بالطّبْخِ، وإنْ كان لم يُطْبَخ يُكْرَه إذا كان ريحُه يوجَدُ منه ولا شيءَ عليه؛ لأنّ الطّعامَ غالِبٌ عليه، فكان الطِّيبُ مغمورًا مُستَهْلَكًا فيه، وإنْ أكل عَيْنَ الطِّيبِ غيرَ مخلوطٍ بالطّعامِ فعليه الدّمُ إذا كان كثيرًا.

وَقالوا في المِلْحِ: يُجْعَلُ فيه الزّعفَرانُ أنّه إنْ كان الزّعفَرانُ غالِبًا فعليه الكفَّارةُ؛ لأنّ المِلْحَ يَصيرُ تَبَعًا له، فلا يُخرِجُه عن حكمِ الطِّيبِ، وإنْ كان المِلْحُ غالِبًا، فلا كفّارةَ عليه؛ لأنّه ليس فيه معنى الطِّيبِ.

وقد رُوِيَ عن ابنِ عمرَ رضي الله عنهما أنّه كان يَأكُلُ الخشكنابخ الأصفر وهو مُحْرِمٌ، ويقولُ: لا بَأسَ بالخبيصِ[١] الأصفرِ للمُحْرِمِ.

فَإنْ تَداوَى المُحْرِمُ بما لا يُؤكَلُ من الطِّيبِ لمرَضٍ أو عِلَّةٍ، أو اكْتَحَلَ بطيبٍ لعِلَّةٍ فعليه أيُّ الكفَّاراتِ شاء؛ لما ذكرنا أنّ ما يحظُرُه الإحرامُ إذا فعله المُحْرِمُ لضرورةٍ وعُذْرٍ فعليه إحدى الكفَّاراتِ الثّلاثِ، ويُكْرَه للمُحْرِمِ أنْ يَشُمَّ الطِّيبَ والرّيْحانَ كذا رُوِيَ عن ابنِ عمرَ وجابرٍ رضي الله عنهما أنّهما كرِها شَمَّ الرّيْحانِ للمُحْرِمِ[٢].

وعن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه لا بَأسَ به[٣]، ولو شَمَّه لا شيءَ عليه عندَنا[٤].

وقال الشّافعيُّ: «تجبُ عليه الفِدْيةُ»[٥].

(وجه قوله): أنّ الطِّيبَ ما له رائحةٌ، والرّيْحانُ له رائحةٌ طَيِّبةٌ فكان طيبًا، وإنّا نقول: نَعَم إنّه طيبٌ لكنّه لم يلتَزِقْ ببدَنِه ولا بثيابه شيءٌ منه، وإنّما شَمَّ رائحتَه فقَطْ وهذا لا يوجِبُ الكفَّارةَ، كما لو جَلَسَ عندَ العطَّارينَ فشَمَّ رائحةَ العِطْرِ إلاَّ أنّه ذكره لما فيه من الارتِفاقِ. وكذا كُلُّ نَباتٍ له رائحةٌ طَيِّبةٌ، وكُلُّ ثمرةٍ لها رائحةٌ طَيِّبةٌ؛ لأنّه ارتِفاقٌ بالرّائحةِ ولو فعل لا شيءَ عليه؛ لأنّه لم يلتَزِقْ ببدَنِه وثيابه شيءٌ منه.

وحُكِيَ عن مالِكٍ: أنّه كان يَأمُرُ برَفْعِ العطَّارينَ بمكّةَ في أيّامِ الحجِّ وذلك غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ النّبيّ ﷺ وأصحابَه لم يَفْعَلوا ذلك، فَإنْ شَمَّ المُحْرِمُ رائحةَ طيبٍ تَطَيّبَ به قبلَ الإحرامِ لا بَأسَ به؛ لأنّ استِعمالَ الطِّيبِ حَصَلَ في وقتٍ مُباحٍ، فبَقِيَ شَمُّ نفسِ الرّائحةِ فلا يُمْنَعُ منه، كما لو مرَّ بالعطَّارينَ.

---

(١) **الخبيص**: الحلواء المخبوصة من التمر والسمن، ومعنى المخبوصة: أي المخلوطة والمعمولة، انظر لسان العرب (٧/ ٢٠، ٢١)، المعجم الوجيز ص (١٨٤).

(٢) **أثرا ابن عمر وجابر**:
أخرجهما البيهقي في «الكبرى»، (٥/ ٥٧)، برقمي (٨٨٨٧)، و(٨٨٨٨).

(٣) أخرجهما البيهقي في «الكبرى»، (٥/ ٥٧)، برقم (٨٨٨٦).

(٤) **انظر في مذهب الحنفية**: الأصل للشيباني (٢/ ٤٧٦)، المبسوط (٤/ ١٢٣).

(٥) **مذهب الشافعية**: قال الشيرازي: «وفي الريحان الفارسي والمرزنجوش واللينوفر والنرجس قولان: أحدهما يجوز شمها، ثم قال: الثاني لا يجوز»، قال النووي في المجموع: إن في تحريم الرياحين قولين، الأصح: تحريمه، ووجوب الفدية، انظر: الأم (٢/ ١٥٢)، حلية العلماء (٣/ ٢٤٧)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٢٧٤، ٢٧٧، ٢٧٨، ٢٨٣)، فتح العزيز مع الوجيز (٧/ ٤٥٦، ٤٥٧).

ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ أنّ رجلاً لو دخل بيتًا قد أجمرَ وطالَ مُكْثُه بالبيتِ فعَلِقَ في ثَوْبه شيءٌ يسيرٌ فلا شيءَ عليه؛ لأنّ الرّائحةَ لم تَتَعَلَّقْ بعَيْنٍ، وبِمُجَرَّدِ الرّائحةِ لا يُمْنَعُ منها، فإنِ استجمرَ بثَوْبٍ فعَلِقَ بثَوْبه شيءٌ كثيرٌ فعليه دَمٌ؛ لأنّ الرّائحةَ ههنا تَعَلَّقَتْ بعَيْنٍ وقد استَعملَها في بَدَنِه فصار كما لو تَطَيّبَ.

وَذكر ابنُ رُستُمَ عن محمّدٍ فيمَنِ اكْتَحَلَ بكُحْلٍ قد طَيّبَ مرّةً أو مرَّتَيْنِ فعليه صَدَقةٌ، وإنْ كان كثيرًا فعليه دَمٌ؛ لأنّ الطِّيبَ إذا غَلَبَ الكُحْلَ، فلا فَرْقَ بين استِعمالِه على طَريقِ التّداوِي أو التّطَيُّبِ.

فَإنْ مَسَّ طيبًا فلَزِقَ بيَدِه فهو بمنزلةِ التّطَيُّبِ؛ لأنّه طَيّبَ به يَدَه، وإنْ لم يقصِدْ به التّطَيُّبَ، لأنّ القصْدَ ليس بشرطٍ لوُجوبِ الكفَّارةِ.

وَقالوا فيمَنِ استَلَمَ الحجَرَ فأصابَ يَدَه من طيبه: إنّ عليه الكفَّارةَ؛ لأنّه استَعملَ الطِّيبَ، وإنْ لم يقصِدْ به التّطَيُّبَ، ووُجوبُ الكفَّارةِ لا يَقِفُ على القصْدِ.

فَإنْ داوَى جُرْحًا أو تَطَيّبَ لعِلَّةٍ، ثمّ حَدَثَ جُرْحٌ آخَرُ قبلَ أنْ يَبْرأ الأوّلُ فعليه كفّارةٌ واحِدةٌ؛ لأنّ العُذْرَ الأوّلَ باقٍ، فكان جِهةُ الاستِعمالِ واحِدةً فتكفيه كفّارةٌ واحِدةٌ [١/ ٢٥٧ب] كما قلنا في لُبْسِ المخيطِ.

وَلا بَأسَ بأنْ يحتجمَ المُحْرِمُ، ويَفْتَصِدَ، ويَبُطَّ القرحةَ، ويَعصِبَ عليه الخِرْقةَ، ويَجْبُرَ الكسرَ، ويَنْزِعَ الضِّرْسَ إذا اشتَكَى منه، ويدخلَ الحمَّامَ ويَغْتَسِلَ لما رُوِيَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ احتَجَمَ وهو صائمٌ مُحْرِمٌ بالقرحةِ، والفصدُ وبَطُّ القرحةِ والجُرْحِ في معنى الحِجامةِ؛ ولأنّه ليس في هذه الأشياءِ إلاّ شَقُّ الجلدةِ والمُحْرِمُ غيرُ مَمْنوعٍ عن ذلك، ولأنّها من بابِ التّداوِي، والإحرامُ لا يمنَعُ من التّداوِي. وكذا جَبْرُ الكسرِ من بابِ العِلاجِ، والمُحْرِمُ لا يُمْنَعُ منه. وكذا قَلْعُ الضِّرْسِ، وهو أيضًا من بابِ إزالةِ الضّررِ فيُشْبِه قَطْعَ اليدِ من الأكَلةِ، وذا لا يُمْنَعُ منه المُحْرِمُ كذا هذا.

وأمّا الاغتِسالُ فلِما رُوِيَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ اغتسل وهو مُحْرِمٌ وقال: «ما نَفعَلُ بأوساخِنا» (١). فَإنْ غَسَلَ رأسَه ولِحْيته بالخطْميِّ فعليه دَمٌ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي

(١) أخرجه الشافعي في «مسنده»، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، قال: الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٣١)، قال المنذري: حديث حسن وإسناده ثقات اه.

يوسفَ ومحمّدٍ عليه صَدَقةٌ لهما أنّ الخطْميّ ليس بطيبٍ، وإنّما يُزيلُ الوَسَخَ فأشبَهَ الأُشْنانَ، فلا يجبُ به الدّمُ، وتجبُ الصّدَقةُ؛ لأنّه يقتُلُ الهوامَّ لا لأنّه طيبٌ.

ولأبي حنيفةَ أنّ الخطْميّ طيبٌ؛ لأنّ له رائحةً طَيِّبةً فيجبُ به الدّمُ كسائرِ أنواعِ الطِّيبِ؛ ولأنّه يُزيلُ الشّعَثَ ويقتُلُ الهوامَّ فأشبَهَ الحلْقَ. فَإنْ خَضَّبَ رأسَه ولِحْيته بالحِنّاءِ فعليه دَمٌ؛ لأنّ الحِنّاءَ طيبٌ لما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ نَهى المُعتدَّةَ أنْ تختَضِبَ بالحِنّاءِ وقال: «الحِنّاءُ طيبٌ» [(١)] ولأنّ الطِّيبَ ما له رائحةٌ طَيِّبةٌ وللحِنّاءِ رائحةٌ طَيِّبةٌ فكان طيبًا.

وَإنْ خَضَّبَتِ المُحْرِمةُ يَدَيْها بالحِنّاءِ فعليها دَمٌ، وإنْ كان قَليلاً فعليها صَدَقةٌ؛ لأنّ الارتِفاقَ الكامِلَ لا يحصُلُ إلاّ بتَطْييبِ عُضوٍ كامِلٍ، والقُسطُ طيبٌ؛ لأنّ له رائحةً طَيِّبةً ولِهذا يُتَبَخَّرُ به ويُلْتَذُّ برائحَتِه، والوَسمةُ ليس بطيبٍ؛ لأنّه ليس لها رائحةٌ طَيِّبةٌ بل كريهةٌ، وإنّما تُغَيِّرُ الشّعرَ وذلك ليس من بابِ الارتِفاقِ، بل من بابِ الزِّينةِ، فإنْ خافَ أنْ يقتُلَ دَوابَّ الرّأسِ تَصدَّقَ بشيءٍ؛ لأنّه يُزيلُ التّفَثَ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ فيمَنْ خَضَّبَ رأسَه بالوَسمةِ أنّ عليه دَمًا لا لأجلِ الخِضابِ بل لأجلِ تَغْطيةِ الرّأسِ، والكُحْلُ ليس بطيبٍ وللمُحْرِمِ أنْ يَكْتَحِلَ بكُحْلٍ ليس فيه طيبٌ.

وقال ابنُ أبي ليلى: «هو طيبٌ وليس للمُحْرِمِ أنْ يَكْتَحِلَ به» وهذا غيرُ سَديدٍ؛ لأنّه ليس له رائحةٌ طَيِّبةٌ، فلا يكونُ طيبًا.

وَيستَوِي في وُجوبِ الجزاءِ بالتّطَيُّبِ: الذِّكْرُ والنِّسيانُ، والطّوْعُ والكُرْه عندَنا كما في لُبْسِ المخيطِ خلافًا للشّافعيِّ على ما مرَّ، والرّجُلُ والمرأةُ في الطِّيبِ سَواءٌ في الحظْرِ ووُجوبِ الجزاءِ؛ لاستِوائِهما في الحاظِرِ والموجِبِ للجَزاءِ. وكذا القارِنُ والمُفرِدُ إلاّ أنّ على القارِنِ مِثْلَيْ ما على المُفرِدِ عندَنا؛ لأنّه مُحْرِمٌ بإحرامَيْنِ فأدخَلَ نَقْصًا في إحرامَيْنِ فيُؤاخَذُ بجزاءَيْنِ، ولا يَحِلُّ للقارِنِ والمُفْرِدِ التّطَيُّبُ ما لم يحلِقا أو يُقَصِّرا، لبَقاءِ الإحرامِ قبلَ الحلْقِ أو التّقْصيرِ، فكان الحاظِرُ باقيًا فيبقى الحظْرُ. وكذا المُعتَمِرُ لما قلنا، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدَّمَ واللهُ أعلَمُ.

* * *

---

(١) ضعيف: أخرجه أبو داود، كتاب: الطلاق، باب: فيما تجتنبه المعتدة في عدتها، والنسائي، (٣٥٣٧)، من حديث أم سلمة رضي الله عنها وانظر ضعيف أبي داود.

فصل [فيما يجري مجرى الطيب]

وأمَّا ما يَجْري مجرى الطِّيبِ من إزالةِ الشّعَثِ وقضاءِ التّفَثِ: فحَلْقُ الشّعرِ، وقَلْمُ الظُّفْرِ. أمَّا الحلْقُ فنقول: لا يجوزُ للمُحْرِمِ أنْ يحلِقَ رأسَه قبلَ يومِ النّحْرِ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ﴾ [البقرة: ١٩٦] وقولِ النّبيِّ ﷺ: «المُحْرِمُ الأشعَثُ الأغبَرُ»[١]، وسُئِلَ رسولُ اللَّه ﷺ مَنِ الحاجُّ؟ فقال: «الشّعِثُ التفِثُ[٢]» وحَلْقُ الرّأسِ يُزيلُ الشّعَثَ والتّفَثَ[٣]؛ ولأنّه من بابِ الارتِفاقِ بمرافِقِ المُقيمينَ، والمُحْرِمُ مَمْنوعٌ عن ذلك؛ ولأنّه نوعُ نَباتٍ استفادَ الأمنَ بسببِ الإحرامِ فيحرُمُ التّعَرُّضُ له، كالنّباتِ الذي استفادَ الأمنَ بسببِ الحرَمِ وهو الشّجَرُ والخلى. وكذا لا يُطْلي رأسَه بنورةٍ؛ لأنّه في معنى الحلْقِ؛ وكذا لا يُزيلُ شَعرةً من شَعرِ رأسِه ولا يُطْليها بالنُّورةِ لما قلنا.

فإنْ حَلَقَ رأسَه، [فإنْ حلَقَه][٤] من غيرِ عُذْرٍ فعليه دَمٌ لا يُجْزيه غيرُه؛ لأنّه ارتِفاقٌ كامِلٌ من غيرِ ضرورةٍ، وإنْ حَلَقَه لعُذْرٍ فعليه أحدُ الأشياءِ الثّلاثةِ لقولِه عَزَّ وجَلَّ: «فمَنْ كان منكم مريضًا أو به أذًى من رأسِه ففِدْيةٌ من صيامٍ أو صَدَقةٍ أو نُسُكٍ،» ولِما رَوَيْنا من حديثِ كعبِ بنِ عُجْرةَ؛ ولأنّ الضّرورةَ لها أثرٌ في التّخفيفِ فخُيِّرَ بين الأشياءِ الثّلاثةِ تخفيفًا وتَيْسيرًا، وإنْ حَلَقَ ثُلُثَه أو رُبُعَه فعليه دَمٌ، وإنْ حَلَقَ دونَ الرّبُعِ، فعليه صَدَقةٌ كذا ذُكِرَ في ظاهرِ الرِّوايةِ ولم يذكرِ الاختِلافَ.

وحَكَى الطّحاوِيُّ في مختصَرِه الاختِلافَ فقال: «إذا حَلَقَ رُبُعَ رأسِه يجبُ عليه الدّمُ» في قولِ أبي حنيفةَ. وفي قولِ أبي يوسفَ ومحمّدٍ: لا يجبُ ما لم يحلِقْ أكثرَ رأسِه. وذكر القُدوريُّ في شرحِه مختصَرَ الحاكِمِ: إذا حَلَقَ رُبُعَ رأسِه يجبُ عليه دَمٌ في [١/ ٢٥٨أ] قولِ أبي حنيفةَ[٥].

وعندَ أبي يوسفَ: إذا حَلَقَ أكثرَه يجبُ. وعندَ محمّدٍ: إذا حَلَقَ شَعرَه يجبُ. وقال

---

(١) سبق تخريجه قريبًا.
(٢) في المخطوط: «التفل».
(٣) في المخطوط: «الغبر».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) انظر في مذهب الحنفية: الجامع الصغير ص (١٥٥)، المبسوط (٤/ ٧٣)، مختصر الطحاوي ص (٦٩)، تحفة الفقهاء (١/ ٤٢١)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٣١، ٣٢)، البناية شرح الهداية (٤/ ٢٥٠ - ٢٥٢).

الشّافعيُّ: إذا حَلَقَ ثلاثَ شَعَراتٍ يجبُ[١]، وقال مالِكٌ: لا يجبُ إلاّ بحَلْقِ الكُلِّ[٢]، وعلى هذا إذا حَلَقَ لحْيته أو ثُلُثَها أو رُبُعَها.

احتجَّ مالِكٌ بقولِه تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحِلَّهُ﴾ [البقرة: ١٩٦] والرّأسُ اسمٌ لكُلِّ هذا المحدودِ.

(وجه قولِ الشافعي): أنّ الثّلاثَ جَمْعٌ صحيحٌ فيقومُ مَقامَ الكُلِّ، ولِهذا قام مَقامَ الكُلِّ في مسحِ الرّأسِ؛ ولأنّ الشّعرَ نَباتٌ استفادَ الأمنَ بسببِ الإحرامِ فيستَوِي فيه قَليلُه وكَثيرُه، كالنّباتِ الذي استفادَ الأمنَ بسببِ الحرَمِ من الشّجَرِ والخلى.

وأمَّا الكلامُ بين أصحابِنا فمَبنيٌّ على أنّ حَلْقَ الكثيرِ يوجِبُ الدّمَ، والقليلِ يوجِبُ الصّدَقَةَ، واختلفوا في الحدِّ الفاصِلِ بين القليلِ والكثيرِ، فجعل أبو حنيفةَ ما دونَ الرّبُعِ قَليلاً، والرّبُعَ وما فوقَه كثيرًا، وهما على ما ذكر الطّحاوِيُّ جَعَلا ما دونَ النّصفِ قَليلاً، وما زادَ على النّصفِ كثيرًا، والوجه لهما: أنّ القليلَ والكثيرَ من أسماءِ المُقابَلةِ، وإنّما يُعرَفُ ذلك بمُقابِلِه، فإنْ كان مُقابِلُه قَليلاً فهو كثيرٌ، وإنْ كان كثيرًا فهو قَليلٌ، فيلزَمُ منه أنْ يكونَ [هذا][٣] الرّبُعُ قَليلاً؛ لأنّ ما يُقابِلُه كثيرٌ فكان هو قَليلاً، والوجه لأبي حنيفةَ: أنّ الرّبُعَ في حَلْقِ الرّأسِ بمنزِلةِ الكُلِّ[٤].

ألا ترى أنّ من عادةِ كثيرٍ من الأجيالِ من العرَبِ، والتُّرْكِ، والكُرْدِ الاقتصار على حَلْقِ رُبُعِ الرّأسِ، ولِذا يقولُ القائلُ: رأيت فُلانًا، يكونُ صادِقًا في مَقالتِه، وإنْ لم يَرَ إلاّ أحدَ جوانِبِه الأربعِ، ولِهذا أُقيمَ مَقامَ الكُلِّ في المسحِ.

وفي الخروجِ من الإحرامِ بأنْ حَلَقَ رُبُعَ رأسِه للتَّحَلُّلِ والخروجِ من الإحرامِ، أنّه يتحَلَّلُ

---

(١) مذهب الشافعية: قال النووي: «أما إذا حلق شعرة واحدة أو شعرتين ففيه أربعة أقوال: ثم قال: أصحها يجب في شعرة مد وفي شعرتين مدان. والثاني: يجب في شعرة درهم وفي شعرتين درهمان، والثالث: في شعرة ثلث دم، وفي شعرتين ثلثان، والرابع: في الشعرة الواحدة دم كامل، انظر: الأم (٢/ ٢٠٦)، مختصر المزني ص (٦٦)، حلية العلماء (٢/ ٢٦٢، ٢٦٣)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٣٦٤ - ٣٧١، ٣٧٤)، فتح العزيز مع الوجيز (٧/ ٤٦٦، ٤٦٧).

(٢) مذهب المالكية: أنَّ من نتف شعرة أو شعرات يسيرة فعليه أن يُطْعِم شيئاً من طعام ناسياً كان أو جاهلاً وإن نتف من شعره ما أماط به عنه الأذى فعليه الفدية، انظر: المدونة (١/ ٣٢٩)، بداية المجتهد (١/ ٣٨٢)، الكافي لابن عبد البر (١/ ٣٨٩).

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) في المخطوط: «الكمال».

ويخرجُ من الإحرامِ، فكان حَلْقُ رُبُعِ الرّأسِ ارتِفاقًا كامِلًا فكانتْ جِنايةً كامِلةً، فيوجِبُ كفّارةً كامِلةً. وكذا حَلْقُ رُبُعِ اللِّحْيةِ لأهلِ بعضِ البِلادِ مُعتادٌ كالعِراقِ ونحوِها، فكان حَلْقُ الرّبُعِ منها كحَلْقِ الكُلِّ، ولا حُجّةَ لمالِكٍ في الآيةِ؛ لأنّ فيها نَهْيًا عن حَلْقِ الكُلِّ، وذا لا يَنْفي النّهْيَ عن حَلْقِ البعضِ، فكان تَمَسُّكًا بالمسكوتِ، فلا يَصِحُّ.

وما قاله الشّافعيُّ غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ آخِذَ ثلاثِ شَعَراتٍ لا يُسَمّى حالِقًا في العُرْفِ، فلا يتناوَلُه نَصُّ الحلْقِ، كما لا يُسَمّى ماسِحُ ثلاثِ شَعَراتٍ ماسِحًا في العُرْفِ، حتّى لم يتناوَلْه نَصُّ المسحِ، على أنّ وُجوبَ الدّمِ مُتَعَلِّقٌ بارتِفاقٍ كامِلٍ، وحَلْقُ ثلاثِ شَعَراتٍ ليس بارْتِفاقٍ كامِلٍ، فلا يوجِبُ كفّارةً كامِلةً.

وقوله: إنّه نَباتٌ استفادَ الأمنَ بسببِ الإحرامِ، مُسَلَّمٌ، لكنّ هذا يقتضي حُرْمةَ التّعَرُّضِ لقَليلِه وكَثيرِه (ونحنُ به نقول) [1]، ولا كلامَ فيه، وإنّما الكلامُ في وُجوبِ الدّمِ، وذا يَقِفُ على ارتِفاقٍ كامِلٍ ولم يوجَدْ، وقد خرج الجوابُ عن قولِهِما: إنّ القليلَ والكثيرَ يُعرَفُ بالمُقابَلةِ لما ذكرنا أنّ الرّبُعَ كثيرٌ من غيرِ مُقابَلةٍ في بعضِ المواضعِ فيُعملُ عليه في موضِعِ الاحتياطِ.

ولو أخذ شيئًا من رأسِه أو لحْيَتِه، أو لَمَسَ شيئًا من ذلك فانتَثَرَ منه شَعرةٌ فعليه صَدَقةٌ لوُجودِ الارتِفاقِ بإزالةِ التّفَثِ، هذا إذا حَلَقَ رأسَ نفسِه. فأمّا إذا حَلَقَ رأسَ غيرِه فعلى الحالِقِ صَدَقةٌ عندَنا[2]. وقال مالِكٌ والشّافعيُّ: لا شيءَ على الحالِقِ [3].

(وجه قولِهما): أنّ وُجوبَ الجزاءِ لوُجودِ الارتِفاقِ، ولم يوجَدْ من الحالِقِ.

(ولَنا): أنّ المُحْرِمَ كما هو مَمْنوعٌ من حَلْقِ رأسِ نفسِه مَمْنوعٌ من حَلْقِ رأسِ غيرِه لقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا۟ رُءُوسَكُمْ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْهَدْىُ مَحِلَّهُۥ﴾ [البقرة: ١٩٦] والإنسانُ لا يحلِقُ رأسَ نفسِه،

---

(١) في المخطوط: «ويجزيه».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ٧٣)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٣٥ - ٣٧)، البناية مع الهداية (٤/ ٢٥٧ - ٢٥٩).

(٣) مذهب الشافعية: أنه إذا كان المحرم لزمه الفدية كشعر الصيد ولأنه أزال شعر آدمي فلزمه الدم أو الفدية كما لو أزاله بغير إذنه، ولأنه لو حلق شعر نفسه لزمه الفدية، فإذا حلق شعر غيره لزمه الفدية، انظر: الأم (٢/ ٢٠٦)، مختصر المزني ص (٦٦)، حلية العلماء (٢/ ٢٥٧ - ٢٥٩)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٣٤٤، ٣٤٥، ٣٤٨، ٣٤٩).

إلاَّ أنّه لَمَّا حَرُمَ عليه حَلْقُ رأسِ غيرِه يحرُمُ عليه حَلْقُ رأسِ نفسِه من طَريقِ الأولى، فتجبُ عليه الصّدَقةُ، ولا يجبُ عليه الدّمُ، لعَدَمِ الارتِفاقِ في حَقِّه، وسَواءٌ كان المحلوقُ حَلالاً أو حَرامًا لما قلنا، غيرَ أنّه إنْ كان حَلالاً لا شيءَ عليه وإنْ كان حَرامًا فعليه الدّمُ، لحُصُولِ الارتِفاقِ الكامِلِ له، وسَواءٌ كان الحلْقُ بأمرِ المحلوقِ أو بغيرِ أمرِه طائعًا أو مُكْرَهًا عندَنا[1].

وقال الشّافعيُّ: إنْ كان مُكْرَهًا فلا شيءَ عليه، وإنْ لم يكنْ مُكْرَهًا لكنّه سَكَتَ ففيه وجهانِ[2]، والصّحيحُ قولُنا؛ لأنّ الإكراهَ لا يسلُبُ الحظْرَ[3]، وكمالُ الارتِفاقِ موجودٌ فيجبُ عليه كمالُ الجزاءِ، وليس له أنْ يرجعَ به على الحالِقِ، وعن القاضي أبي حازِمٍ أنّه يرجعُ عليه بالكفَّارةِ؛ لأنّ الحالِقَ هو الذي أدخَلَه في عُهْدةِ الضّمانِ، فكان له أنْ يرجعَ عليه كالمُكْرَه على إتلافِ المالِ.

ولَنا: أنَّ الارتِفاقَ الكامِلَ حَصَلَ له فلا يرجعُ على أحدٍ، إذْ لو رجع لَسَلِمَ له العِوَضُ والمُعَوّضُ. وهذا لا يجوزُ كالمغرورِ إذا وطِئَ الجاريةَ وغَرِمَ العُقْرَ، أنّه لا يرجعُ به على الغارِّ لما قلنا، كذا هذا.

وإنْ كان الحالِقُ حَلالاً فلا شيءَ عليه، وحكمُ المحلوقِ ما ذَكَرنا. وإنْ حَلَقَ شارِبَه فعليه صَدَقةٌ؛ لأنّ الشّارِبَ تَبَعٌ للِّحْيةِ، ألا ترى أنّه يَنْبُتُ تَبَعًا للِّحْيةِ ويُؤْخَذُ تَبَعًا للِّحْيةِ أيضًا، [ولأنّه قَليلٌ][4]، فلا يتكامَلُ معنى الجِنايةِ.

وذُكِرَ في الجامعِ الصّغيرِ: مُحْرِمٌ أخذ من [١/ ٢٥٨ب] شارِبه فعليه حُكومةُ عَدْلٍ. وهي أنْ يَنْظُرَ كم تكونُ مَقاديرُ أدنَى ما يجبُ في اللِّحْيةِ من الدّمِ؟ وهو الرّبُعُ، فتجبُ الصّدَقةُ بقدرِه حتّى لو كان مثلَ رُبُعِ اللِّحْيةِ، يجبُ رُبُعُ قيمةِ الشّاةِ؛ لأنّه تَبَعٌ للِّحْيةِ، وقولُه «أخذ من شارِبه» إشارةٌ إلى القصِّ، وهو السّنّةُ في الشّارِبِ لا الحلْقُ.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٢٠٦، ٤٣٢)، المبسوط (٤/ ٧٢، ٧٤)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٣٧)، البناية مع الهداية (٤/ ٢٥٧ - ٢٥٩).

(٢) في بيان مذهب الشافعية: قال النووي: «إن الفدية تجب على الحالق ولا يطالب المحلوق أبدًا»، وقال الشيرازي في المهذب: «وإن حلق رأسه وهو ساكت ففيه طريقان: أحدهما أنه كالنائم والمكره، والثاني أنه بمنزلة ما لو أذن فيه»، انظر: الأم (٢/ ٢٠٦)، مختصر المزني ص (٦٦)، حلية العلماء (٣/ ٢٥٩)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٢٤٧، ٢٤٨، ٣٥٠)، فتح العزيز بذيل المجموع (٧/ ٤٦٩).

(٣) في المخطوط: «إلا لحظر».

(٤) ليست في المخطوط.

وذكر الطّحاوِيُّ في شرحِ الآثارِ: أنّ السّنّةَ فيه الحلْقُ، ونُسِبَ ذلك إلى أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ ومحمّدٍ رحمهم الله، والصّحيحُ أنّ السّنّةَ فيه القصُّ لما ذكرنا أنّه تبَعُ اللِّحْيةِ، والسّنّةُ في اللِّحْيةِ القصُّ لا الحلْقُ، كذا في الشّارِبِ؛ ولأنّ الحلْقَ يَشينُه ويَصيرُ بمعنى المُثْلةِ، ولِهذا لم يكنْ سُنّةً في اللِّحْيةِ، بل كان بدعةً، فكذا في الشّارِبِ. ولو حَلَقَ الرّقَبةَ فعليه الدّمُ؛ لأنّه عُضْوٌ كامِلٌ مقصُودٌ بالارتِفاقِ بحَلْقِ شَعرِه، فتجبُ كفّارةٌ كامِلةٌ كما في حَلْقِ الرّأسِ. ولو نَتفَ [من] (١) أحدِ الإبطَيْنِ فعليه دَمٌ لما قلنا.

ولو نَتفَ الإبطَيْنِ جميعًا تكفيه كفّارةٌ واحِدةٌ؛ لأنّ جِنْسَ الجِنايةِ واحِدٌ، والحاظِرُ واحِدٌ، والجِهةُ غيرُ مُتقَوّمةٍ فتكفيها كفّارةٌ واحِدةٌ. ولو نَتفَ من أحدِ الإبطَيْنِ أكثرَه فعليه صَدَقةٌ؛ لأنّ الأكثرَ فيما له نَظيرٌ في البدنِ لا يُقامُ مَقام كُلِّه، بخلافِ الرّأسِ واللِّحْيةِ والرّقَبةِ وما لا نَظيرَ له في البدنِ، ثمّ ذكر في الإبطِ النّتْفَ في الأصلِ، وهو إشارةٌ إلى أنّ السّنّةَ فيه النّتْفُ وهو كذلك.

وذُكِرَ في الجامعِ الصّغيرِ الحلْقُ وهو إشارةٌ إلى أنّه ليس بحَرامٍ، ولو حَلَقَ موضِعَ المحاجِمِ فعليه دَمٌ في قولِ أبي حنيفةَ. وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ: «فيه صَدَقةٌ».

(وجه قولِهما): أنّ موضِعَ الحِجامةِ غيرُ مقصُودٍ بالحلْقِ، بل هو تابعٌ فلا يتعلّقُ بحَلْقِه دَمٌ كحَلْقِ الشّارِبِ؛ لأنّه إذا لم يكنْ مقصُودًا بالحلْقِ لا تَتكامَلُ الجِنايةُ بحَلْقِه، فلا تجبُ به كفّارةٌ كامِلةٌ ولأنّه إنّما يحلِقُ للحِجامةِ لا لنفسِه، والحِجامةُ لا توجِبُ الدّمَ؛ لأنّه ليس من محظوراتِ الإحرامِ على ما بيّنّا، فكذا ما يَفْعَلُ لها؛ ولأنّ ما عليه من الشّعرِ قَليلٌ فأشبَهَ الصّدْرَ والسّاعِدَ والسّاقَ، ولا يجبُ بحَلْقِها دَمٌ بل صَدَقةٌ كذا هذا.

ولأبي حنيفةَ أنّ هذا عُضْوٌ مقصُودٌ بالحلْقِ لمَنْ يحتاجُ إلى حَلْقِه؛ لأنّ الحِجامةَ أمرٌ مقصُودٌ لمَنْ يحتاجُ إليها؛ لاستِفْراغِ المادّةِ الدّمويّةِ، ولِهذا لا يُحْلَقُ تبَعًا للرّأسِ ولا للرّقَبةِ فأشبَهَ حَلْقَ الإبطِ والعانةِ، ويستَوِي في وُجوبِ الجزاءِ بالحلْقِ: العمدُ، والسّهوُ، والطّوْعُ، والكُرْه عندَنا، والرّجُلُ، والمرأةُ، والمُفرِدُ، والقارِنُ، غيرَ أنّ القارِنَ يلزَمُه جَزاءَانِ عندَنا لكونِه مُحْرِمًا بإحرامَيْنِ على ما بيّنّا.

(١) ليست في المخطوط.

وَأمَّا قَلْمُ الظُّفْرِ فنقول: لا يجوزُ للمُحْرِمِ قَلْمُ أظفارِه لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لْيَقْضُواْ تَفَثَهُمْ﴾ [الحج :٢٩] وقَلْمُ الأظفارِ من قضاءِ التَّفَثِ، رَتَّبَ اللّه تعالى قضاءَ التَّفَثِ على الذَّبحِ؛ لأنّه ذكره بكَلِمةٍ موضوعةٍ للتَّرْتيبِ مع التّراخي بقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَيَذْكُرُواْ اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَّعْلُومَاتٍ عَلَى مَا رَزَقَهُم مِّنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ فَكُلُواْ مِنْهَا وَأَطْعِمُواْ الْبَائِسَ الْفَقِيرَ ثُمَّ لْيَقْضُواْ تَفَثَهُمْ﴾ [الحج: ٢٨-٢٩]، فلا يجوزُ الذَّبْحُ؛ ولأنّه ارتِفاقٌ بمرافِقِ المُقيمينَ، والمُحْرِمُ مَمْنوعٌ عن ذلك؛ ولأنّه نوعُ نَباتٍ استفادَ الأمنَ بسببِ الإحرامِ فيحرُمُ التّعرُّضُ له كالنّوْعِ الآخَرِ، وهو النّباتُ الذي استفادَ الأمنَ بسببِ الحرَمِ، فإنْ قَلَمَ أظافيرَ يَدٍ أو رِجْلٍ من غيرِ عُذْرٍ وضرورةٍ فعليه دَمٌ؛ لأنّه ارتِفاقٌ كامِلٌ فتكامَلَتِ الجِنايةُ فتجبُ كفّارةٌ كامِلةٌ. وإنْ قَلَّمَ أقَلَّ من يَدٍ أو رِجْلٍ فعليه صَدَقةٌ لكُلِّ ظُفْرٍ نصفُ صاعٍ وهذا قولُ أصحابِنا الثّلاثةِ.

وقال زُفَرُ: إذا قَلَمَ ثلاثةَ أظفارٍ فعليه دَمٌ.

(وجه قولِه): أنّ ثلاثةَ أظافيرَ من اليدِ أكثرُها، والأكثرُ يقومُ مَقام الكُلِّ في هذا البابِ كما في حَلْقِ الرّأسِ، ولأصحابِنا الثّلاثةِ: أنّ قَلْمَ ما دونَ اليدِ ليس بارتِفاقٍ كامِلٍ فلا يوجِبُ كفّارةً كامِلةً.

وأمّا قولُه: «الأكثرُ يقومُ مَقام الكُلِّ» فنقول: إنّ اليدَ الواحِدةَ قد أُقيمَتْ مَقام كُلِّ الأطرافِ في وُجوبِ الدّمِ، وما أُقيمَ مَقام الكُلِّ لا يقومُ أكثرُه مَقامه، كما في الرّأسِ أنّه لَمّا أُقيمَ الرّبُعُ فيه مَقام الكُلِّ، لا يُقامُ أكثرُ الرّبُعِ مَقامه، وهذا؛ لأنّه لو أُقيمَ أكثرُ ما أُقيمَ مَقام الكُلِّ مَقامه؛ لأُقيمَ أكثرُ أكثرِه مَقامه فيُؤَدّي إلى إبطالِ التّقْديرِ أصلاً ورأسًا. وهذا لا يجوزُ.

فَإنْ قَلَمَ خمسةَ أظافيرَ من الأعضاءِ الأربعةِ مُتفرِّقةَ اليدَيْنِ والرِّجْلينِ فعليه صَدَقةٌ، لكُلِّ ظُفْرٍ نصفُ صاعٍ في قولِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ. وقال محمّدٌ: عليه «دَمٌ»، وكذلك لو قَلَمَ من كُلِّ عُضْوٍ من الأعضاءِ الأربعةِ أربعةَ أظافيرَ، فعليه صَدَقةٌ عندَهما، وإنْ كان يَبْلُغُ جُمْلَتُها سِتّةَ عشرَ ظُفْرًا، ويجبُ في كُلِّ ظُفْرٍ نصفُ صاعٍ من بُرٍّ، إلاّ إذا بَلَغَتْ قيمةُ الطّعامِ دَمًا فيُنْقِصَ منه ما شاء.

وعندَ محمّدٍ عليه دَمٌ، فمحمّدٌ اعتبَرَ عَدَدَ الخمسةِ لا غيرُ، ولم يَعتبِرِ التّفرُّقَ والاجتِماعَ، وأبو حنيفةَ وأبو [١/ ٢٥٩أ] يوسفَ اعتبَرا مع عَدَدِ الخمسةِ صِفةَ الاجتِماعِ،

وهو أنْ يكونَ من مَحِلٍّ واحِدٍ.

(وجه قولِ محمدٍ): أنّ قَلْمَ أظافيرِ يَدٍ واحِدةٍ، أو رِجْلٍ واحِدةٍ إنّما أوجب الدّمَ لكونِها رُبُعَ الأعضاءِ المُتفرِّقةِ، وهذا المعنى يستَوِي فيه المُجْتَمِعُ والمُتفرِّقُ، ألا ترى أنّهما استويا في الأرشِ بأنْ قَطَعَ خمسةَ أظافيرَ مُتفرِّقةٍ فكذا هذا.

(ولهما): أنّ الدّمَ إنّما يجبُ بارتِفاقٍ كامِلٍ، ولا يحصُلُ ذلك بالقلْمِ مُتفرِّقًا؛ لأنّ ذلك شينٌ ويَصيرُ مُثْلةً، فلا تجبُ به كفّارةٌ كامِلةٌ، ويجبُ في كُلِّ ظُفرٍ نصفُ صاعٍ من حِنْطةٍ إلاّ أنْ تَبْلُغَ قيمةَ الطّعامِ دَمًا يُنْقِصُ منه ما شاء؛ لأنّا إنّما لم نوجب عليه الدّمَ لعَدَمِ تَناهي الجِنايةِ لعَدَمِ ارتِفاقٍ كامِلٍ، فلا يجبُ أنْ يَبْلُغَ قيمةَ الدّمِ فإنِ اختارَ الدّمَ فلَه ذلك وليس عليه غيرُه.

فإنْ قَلَمَ خمسةَ أظافيرَ من يَدٍ واحِدةٍ، أو رِجْلٍ واحِدةٍ ولم يُكَفِّرْ، ثمّ قَلَمَ أظافيرَ يَدِه الأُخرى، أو رِجْلِه الأُخرى، فإنْ كان في مجلسٍ واحِدٍ فعليه دَمٌ واحِدٌ استحسانًا، والقياسُ: أنْ يجبُ لكُلِّ واحِدٍ دَمٌ لما سَنذكرُ إنْ شاء اللّه تعالى، وإنْ كان في مجلسَيْنِ فعليه دَمانِ في قولِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ. وقال محمّدٌ: «عليه دَمٌ واحِدٌ ما لم يُكَفِّرْ للأوّلِ» وأجمَعوا على أنّه لو قَلَمَ خمسةَ أظافيرَ من يَدٍ واحِدةٍ، أو رِجْلٍ واحِدةٍ، وحَلَقَ رُبُعَ رأسِه، وطَيّبَ عُضْوًا واحِدًا أنّ عليه لكُلِّ جِنْسٍ دَمًا على حِدةٍ، سَواءٌ كان في مجلسٍ واحِدٍ، أو في مَجالِسَ مختلِفةٍ.

وأجمَعوا في كفّارةِ الفِطْرِ على أنّه إذا جامع في اليومِ الأوّلِ، وأكل في اليوم الثّاني، وشَرِبَ في اليومِ الثّالثِ أنّه إنْ كفَّرَ للأوّلِ فعليه [كفّارةٌ] (١) أُخرى، وإنْ لم يُكَفِّرْ للأوّلِ فعليه كفّارةٌ واحِدةٌ، فأبو حنيفةَ، وأبو يوسفَ جَعَلا اختِلافَ المجلسِ كاختِلافِ الجِنْسِ، ومحمّدٌ جعل اختِلافَ المجلسِ كاتّحادِه عندَ اتّفاقِ الجِنْسِ، وعلى هذا إذا (قَطَعَ أظافيرَ) (٢) اليدَيْنِ والرِّجْلينِ أنّه إنْ كان في مجلسٍ واحِدٍ يَكْفيه دَمٌ واحِدٌ استحسانًا.

(والقياسُ): أنْ يجبَ عليه بقَلْمِ أظافيرِ كُلِّ عُضْوٍ من يَدٍ أو رِجْلٍ دَمٌ، وإنْ كان في مجلسٍ واحِدٍ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «قلم».

وجه القياسِ: أنّ الدّمَ (إنّما يجبُ لحُصُولِ) [(١)] الارتِفاقِ الكامِلِ؛ لأنّ بذلك تتَكامَلُ الجِنايةُ فتَتَكامَلُ الكفَّارةُ، وقَلْمُ أظافيرِ كُلِّ عُضوٍ ارتِفاقٌ على حِدةٍ، فيستَدْعي كفّارةً على حِدةٍ.

(**ووجه الاستحسانِ**): أنّ جِنسَ الجِنايةِ واحِدٌ حَظَرَها إحرامٌ واحِدٌ بجِهةٍ غيرِ مُتقوِّمةٍ، فلا يوجِبُ إلاَّ دَمًا واحِدًا، كما في حَلْقِ الرّأسِ أنّه إذا حَلَقَ الرّبُعَ يجبُ عليه دَمٌ. ولو حَلَقَ الكُلَّ يجبُ عليه دَمٌ واحِدٌ لما قلنا كذا هذا.

وإنْ كان في مَجالِسَ مختلِفةٍ يجبُ لكُلٍّ من ذلك كفّارةٌ في قولِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، سَواءٌ كفَّرَ للأوّلِ أو لا، وعندَ محمّدٍ: إنْ لم يُكَفِّرْ (للأوّلِ فعليه) [(٢)] كفّارةٌ واحِدةٌ.

(**وجه قولِه**): أنّ الكفَّارةَ تجبُ بهَتْكِ حُرْمةِ الإحرامِ، وقد انهَتَكَ حُرْمَتُه بقَلْمِ أظافيرِ العُضْوِ الأوّلِ، وهَتْكُ المهْتوكِ لا يُتَصَوّرُ، فلا يلزَمُه كفّارةٌ أُخرى ولِهذا لا يجبُ كفّارةٌ أُخرى بالإفطارِ في يومَيْنِ من رمضانَ؛ لأنّ وُجوبَها بهَتْكِ حُرْمةِ الشهرِ جَبْرًا لها، وقد انهَتَكَ بإفسادِ الصّومِ في اليومِ الأوّلِ، فلا يُتَصَوّرُ هَتْكًا بالإفسادِ في اليومِ الثّاني والثّالثِ، كذا هذا.

بخلافِ ما إذا كفَّرَ للأوّلِ لأنّه انجبَرَ الهتْكُ بالكفَّارةِ وجُعِلَ كأنّه لم يكنْ فعادتْ حُرْمةُ الإحرامِ، [فإذا هَتَكَها تجبُ كفّارةٌ أُخرى جَبْرًا لها] [(٣)] كما في كفّارةِ رمضانَ، ولهما أنّ كفّارةَ الإحرامِ تجبُ بالجِنايةِ على الإحرامِ، والإحرامُ قائمٌ فكان كُلُّ فعلٍ جِنايةً على حِدةٍ على الإحرامِ فيستَدْعي كفّارةً على حِدةٍ، إلاَّ أنّ عندَ اتّحادِ المجلسِ جُعِلَتِ الجناياتُ المُتَعَدِّدةُ حقيقةً مُتَّحِدةً حكمًا؛ لأنّ المجلسَ جُعِلَ في الشّرعِ جامعًا للأفعالِ المختلِفةِ كما في خيارِ المُخَيّرةِ، وسجدةِ التّلاوةِ، والإيجاب والقبولِ في البيْعِ، وغيرِ ذلك.

فإذا اختلف المجلسُ أعطَى لكُلِّ جِنايةٍ حكمَ نفسِها، فيُعتَبَرُ في الحكمِ المُتَعَلِّقِ بها، بخلافِ كفّارةِ الإفطارِ؛ لأنّها ما وجبتْ بالجِنايةِ على الصّومِ بل جَبْرًا لهَتْكِ حُرْمةِ الشهرِ.

---

(١) في المخطوط: «بحصول».
(٢) في المخطوط: «تكفيه».
(٣) ليست في المخطوط.

وحُرْمةُ الشهرِ واحِدةٌ لا تَتَجزَّأُ، وقد انهَتَكَتْ حُرْمَتُه بالإفطارِ الأوّلِ، فلا يُحْتَمَلُ الهتْكُ ثانيًا.

ولو قَلَمَ أظافيرَ يَدٍ لأذًى في كفِّه فعليه أيُّ الكفَّاراتِ شاء لما ذكرنا أنّ ما حَظَرَه الإحرامُ إذا فعله المُحْرِمُ عن ضرورةٍ وعُذْرٍ فكفّارَتُه أحدُ الأشياءِ الثّلاثةِ، واللّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

ولو انكَسَرَ ظُفْرُ المُحْرِم فانقَطَعَتْ منه شَظيّةٌ فقلَعَها، لم يكنْ عليه شيءٌ إذا كان مِمَّا لا يَثْبُتُ؛ لأنّها (كالزّائدةِ)[1]؛ ولأنّها خرجتْ عن احتِمالِ النّماءِ فأشبهَتْ شَجَرَ الحرَمِ إذا يَبِسَ فقَطَعَه إنسانٌ أنّه لا ضَمانَ عليه كذا هذا.

وإنْ قَلَمَ المُحْرِمُ أظافيرَ حَلالٍ أو مُحْرِمٍ أو قَلَمَ الحلالُ أظافيرَ مُحْرِمٍ، فحكمُه حكمُ الحلْقِ، وقد ذكرنا ذلك كُلَّه واللهُ أعلَمُ، والذِّكْرُ، والنِّسيانُ، والطَّوْعُ والكُرْه في وُجوبِ الفِدْيةِ بالقلْمِ سَواءٌ عندَنا، خلافًا للشَّافعيِّ، وكذا يستَوِي فيه الرّجُلُ والمرأةُ والمُفْرِدُ والقارِنُ، إلاَّ أنّ على القارِنِ ضِعفَ ما على [١/ ٢٥٩ب] المُفْرِدِ [عندنا][2] لما ذكرنا، واللهُ أعلَمُ.

فصل

وأمَّا الذي يرجعُ إلى تَوابِعِ الجِماعِ فيجبُ على المُحْرِمِ أنْ يَجْتَنِبَ الدّواعيَ من التّقْبيلِ، واللّمْسِ بشهوةٍ، والمُباشَرةِ، والجِماعِ فيما دونَ الفرجِ لقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي ٱلْحَجِّ﴾ [البقرة:١٩٧] قِيلَ في بعضِ وُجوه التّأويلِ: إنّ الرّفَثَ جميعُ حاجاتِ الرّجالِ إلى النّساءِ. وسُئلَتْ عائشةُ رضي الله تعالى عنها عَمَّا يَحِلُّ للمُحْرِمِ من امرأتِه؟ فقالتْ: «يحرُمُ عليه كُلُّ شيءٍ إلاَّ الكلامَ»[3] فإنْ جامع فيما دونَ الفرجِ أنزل أو لم يُنْزِلْ، أو قَبَّلَ أو لَمَسَ بشهوةٍ، أو باشَرَ فعليه دَمٌ، لكنْ لا يَفْسُدُ حَجُّه، أمَّا عَدَمُ فسادِ الحجِّ؛ فلأنّ ذلك حكمٌ مُتَعَلِّقٌ بالجِماعِ في الفرجِ على طَريقِ التّغْليظِ. وأمَّا وُجوبُ الدّمِ فلِحُصُولِ ارتِفاقٍ كامِلٍ مقصُودٍ.

وقد رُوِيَ عن ابنِ عمرَ رضي الله تعالى عنهما أنّه قال: إذا باشَرَ المُحْرِمُ امرأتَه فعليه

---

(١) في المخطوط: «كالزايلة».

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) انظر «المحلى» لابن حزم، (٧/ ٢٥٥).

دَمٌ (١)، ولم يرو عن غيرِه خلافُه، وسَواءٌ فعل ذاكِرًا أو ناسيًا عندَنا خلافًا للشَّافعيِّ. ولو نَظَرَ إلى فرجِ امرأتِه عن شهوةٍ فأمنَى، فلا شيءَ عليه، بخلافِ المسِّ عن شهوةٍ أنّه يوجِبُ الدّمَ، أمنَى أو لم يُمْنِ.

ووجه الفرقِ: أنّ اللَّمْسَ استمتاعٌ بالمرأةِ وقضاءٌ للشَّهوةِ فكان ارتِفاقًا كامِلاً. فأمَّا النّظَرُ فليس من بابِ الاستمتاعِ ولا قضاءِ الشهوةِ، بل هو سببٌ لزَرْعِ الشهوةِ في القلْبِ، والمُحْرِمُ غيرُ مَمْنوعٍ عَمَّا يزرَعُ الشهوةِ كالأكلِ، وذُكِرَ في الجامعِ الصّغيرِ إذا لَمَسَ بشهوةٍ فأمنَى فعليه دَمٌ وقولُه: «أمنَى» ليس على سبيلِ الشّرطِ؛ لأنّه ذُكِرَ في الأصلِ أنّ عليه دَمًا أنزل أو لم يُنْزِلْ.

فصل [في بيان محرمات الإحرام من الصيد]

وأمَّا الذي يرجعُ إلى الصّيْدِ فنقول: لا يجوزُ للمُحْرِمِ أنْ يتعَرَّضَ لصَيْدِ البرِّ المأكولِ وغيرِ المأكولِ عندَنا إلاَّ المُؤْذيَ المُبْتَدِئَ بالأذي غالِبًا. والكلامُ في هذا الفصلِ يَقَعُ في مواضعَ في تفسيرِ الصّيْدِ أنّه ما هو؟ وفي بيانِ أنواعِه، وفي بيانِ ما يَحِلُّ اصْطيادُه للمُحْرِمِ وما يحرُمُ عليه، وفي بيانِ حكمِ ما يحرُمُ عليه اصْطيادُه إذا اصْطادَه.

أمَّا الأوّلُ فالصّيْدُ هو المُمْتَنِعُ المُتوحِّشُ من النّاسِ في أصلِ الخِلْقةِ إمَّا بقَوائمِه، أو بجَناحِه، فلا يحرُمُ على المُحْرِمِ ذَبْحُ الإبِلِ، والبقَرِ، والغنَمِ، لأنّها ليستْ بصَيْدٍ لعَدَمِ الامتِناعِ والتّوَحُّشِ من النّاسِ. وكذا الدّجاجُ والبطُّ الذي يكونُ في المنازِلِ وهو المُسَمَّى بالبطِّ الكسكَريِّ لانعِدامِ معنى الصّيْدِ فيهِما، وهو الامتِناعُ والتّوَحُّشُ.

فأمَّا البطُّ الذي [لا] (٢) يكونُ عندَ النّاسِ ويَطيرُ، فهو صَيْدٌ لوُجودِ معنى الصّيْدِ فيه، والحمامُ المُسَرْوِلُ صَيْدٌ، وفيه الجزاءُ عندَ عامَّةِ العُلَماءِ. وعندَ مالِكٍ ليس بصَيْدٍ [ولا جزاء فيه] (٣).

وجه قوله: أنّ الصّيْدَ اسمٌ للمُتوحِّشِ، والحمامُ المُسَرْوِلِ مُستَأنَسٌ، فلا يكونُ صَيْدًا كالدّجاجِ والبطِّ الذي يكونُ في المنازِلِ.

---

(١) لم أقف عليه عن ابن عمر: ، وقد أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، (٣/ ١٣٩) عن غير واحد من الصحابة والتابعين.

(٢) زاد في المخطوط: «لا».

(٣) زيادة من المخطوط.

ولنا: أنَّ جِنْسَ الحمامِ مُتوحِّشٌ في أصلِ الخِلْقةِ، وإنّما يُستَأنَسُ البعضُ [منه] بالتّوَلُّدِ والتّأنيسِ [ولا عبرة لذلك، ولا يخرجه عن كونه صيدًا؛ لأن المستوحش في الخلقة قد يصير مستأنسًا بالتولد والتأنيث] (١) مع بَقائه صَيْدًا كالظَّبْيةِ المُستَأنَسةِ، والنّعامةِ المُستَأنَسةِ والطُّوطيِّ ونحوِ ذلك حتّى يجبَ فيه الجزاءُ.

وكذا المُستأنَسُ في الخِلْقةِ قد يَصيرُ مُستَوْحِشًا كالإبِلِ، إذا توحَّشَتْ وليس له حكمُ الصّيْدِ حتّى لا يجبُ فيه الجزاءُ، فعُلِمَ أنّ العِبْرةَ بالتّوَحُّشِ، والاستِئْناسِ في أصلِ الخِلْقةِ. وجِنْسُ الحمامِ مُتوحِّشٌ (٢) في أصلِ الخِلْقةِ، وإنّما يُستَأنَسُ البعضُ منه لعارِضٍ، فكان صَيْدًا بخلافِ البطِّ الذي يكونُ عندَ النّاسِ في المنازِلِ، فإنّ ذلك ليس من جِنْسِ المُتوحِّشِ، بل هو من جِنْسٍ آخَرَ، والكلْبُ ليس بصَيْدٍ؛ لأنّه ليس بمُتوحِّشٍ بل هو مُستَأنَسٌ، سَواءٌ كان أهليًّا أو وحْشيًّا؛ لأنّ الكلْبَ أهليٌّ في الأصلِ، لكنْ رُبَّما يتوحَّشُ [العارِضِ] (٣) فأشبَهَ الإبِلَ إذا توحَّشَتْ. وكذا السِّنّوْرُ الأهليُّ ليس بصَيْدٍ؛ لأنّه مُستَأنَسٌ.

وأمّا البرّيُّ ففيه روايتانِ: رَوَى هِشامٌ عن أبي حنيفةَ أنّ فيه الجزاءَ، ورَوَى الحسَنُ عنه أنّه لا شيءَ فيه كالأهليِّ.

وجه روايةِ هِشامٍ [المخطوط عن أبي حنيفة أن قيد الجزاء] (٤): أنّه مُتوحِّشٌ فأشبَهَ الثّعلَبَ ونحوَه.

وجه روايةِ الحسَنِ: أنّ جِنْسَ السِّنّوْرِ مُستَأنَسٌ في أصلِ الخِلْقةِ، وإنّما يتوحَّشُ البعضُ منه لعارِضٍ فأشبَهَ البعيرَ إذا توحَّشَ، ولا بَأسَ بقَتْلِ البُرْغوثِ، والبعوضِ، والنّمْلةِ، والذباب والحلَم، والقُرادِ، والزُّنبورِ؛ لأنّها ليستْ بصَيْدٍ لانعِدامِ التّوَحُّشِ والامتِناعِ.

ألا ترى أنّها تَطْلُبُ الإنسانَ مع امتِناعِه منها؟، وقد رُوِيَ عن عمرَ رضي الله عنه أنّه كان يُقَرِّدُ بَعيرَه وهو مُحْرِمٌ (٥)؛ ولأنّ هذه الأشياءَ من المُؤْذياتِ المُبْتَدِئةِ بالأذى غالبًا،

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «مستوحش».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه»، (٤/ ٤٤٩)، برقم (٨٤٠٩)، ولفظه: «عن ربيعة بن عبد الله بن الهدير، قال: رأيت عمر بن الخطاب يقرد بعيره بالسقيا وهو محرم في طين».

فالتَحقَتْ بالمُؤذياتِ المنْصُوصِ عليها من الحيّةِ، والعقرَبِ وغيرِهِما، ولا يقتُلُ القمْلةَ لا لأنّها صَيْدٌ [١/ ٢٦٠أ] بل لما فيها من إزالةِ التّفَثِ؛ لأنّه مُتولِّدٌ من البدنِ كالشّعرِ، والمُحْرِمُ مَنْهيٌّ [1] عن إزالةِ التّفَثِ من بَدَنِه فإنْ قَتَلَها تَصَدَّقَ بشيءٍ كما لو أزالَ شَعرةً، ولم يذكرْ في ظاهرِ الرِّوايةِ مقدارَ الصّدَقةِ.

ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ أنّه قال: إذا قَتَلَ المُحْرِمُ قَمْلةً أو ألقاها أطعَمَ كِسرةً، وإنْ كانتا اثْنَتَيْنِ أو ثلاثًا أطعَمَ قبضةً من الطّعامِ، وإنْ كانتْ كبيرةً أطعَمَ نصفَ صاعٍ. وكذا لا يقتُلُ الجرادةَ؛ لأنّها صَيْدُ البرِّ أمّا كونُه صَيْدًا فلأنّه مُتوحِّشٌ في [أصلِ] [2] الخِلْقةِ وأمّا كونُه صَيْدَ البرِّ؛ فلأنّ تَوالُدَه في البرِّ، ولِذا لا يَعيشُ إلاّ في البرِّ حتّى لو وقَعَ في الماءِ يَموتُ فإنْ قَتَلَها تَصَدَّقَ بشيءٍ من الطّعامِ. وقد رُوِيَ عن عمرَ أنّه قال: «ثَمرةٌ خيرٌ من جَرادةٍ» [3] ولا بَأسَ له بقَتْلِ هَوامِّ الأرضِ من: الفأرةِ، والحيّةِ والعقرَبِ، والخنافِسِ، والجِعلانِ، وأُمِّ حُبَيْنٍ، وصَيّاحِ الليلِ، والصّرْصَرِ ونحوِها؛ لأنّها ليستْ بصَيْدٍ، بل من حَشَراتِ الأرضِ. وكذا القُنْفُذُ وابنُ عِرْسٍ؛ لأنّهما من الهوامِّ حتّى قال أبو يوسفَ: «ابنُ عِرْسٍ من سِباعِ الهوامِّ»، والهوامُّ ليستْ بصَيْدٍ؛ لأنّها لا تَتوحَّشُ من النّاسِ. وقال أبو يوسفَ: في القُنْفُذِ الجزاءُ؛ لأنّه من جِنْسِ المُتوحِّشِ ولا يَبْتَدِئُ بالأذى.

فصل [في أنواع الصيد]

وأمّا بيانُ أنواعِه وبيانُ ما يَحِلُّ للمُحْرِمِ اصْطيادُه وما يحرُمُ عليه من كُلِّ نوعٍ فنقول وباللّه التّوْفيقُ: الصّيْدُ في الأصلِ نوعانِ: بَرِّيٌّ، وبَحْريٌّ فالبحْريُّ هو الذي تَوالُدُه في البحْرِ، سَواءٌ كان لا يَعيشُ إلاّ في البحْرِ، أو يَعيشُ في البحْرِ والبرِّ، والبرِّيُّ ما يكونُ تَوالُدُه في البرِّ، سَواءٌ كان لا يَعيشُ إلاّ في البرِّ أو يَعيشُ في البرِّ والبحْرِ، فالعِبْرةُ للتَّوالُدِ.

أمّا صَيْدُ البحْرِ فيَحِلُّ اصْطيادُه للحَلالِ والمُحْرِمِ جميعًا مَأكولاً كان، أو غيرَ مَأكولٍ لقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ﴾ [المائدة: ٩٦] والمُرادُ منه اصْطيادُ ما في البحْرِ؛ لأنّ الصّيْدَ مَصْدَرٌ يُقالُ: صادَ يَصيدُ صَيْدًا، واستِعمالُه في المصيدِ

---

(١) في المخطوط: «ممنوع». (٢) ليست في المخطوط.

(٣) أثر أخرجه مالك، كتاب: الحج، باب: فدية من أصاب شيئًا من الجراد وهو محرم، برقم (٩٥٣)، وعبد الرزاق في «مصنفه»، (٤/ ٤١٠)، برقم (٨٢٤٦).

مَجازٌ، [والكلامُ] (١) بحقيقَتِه إباحةُ اصْطيادِ ما في البحْرِ عامًّا.

وأمَّا صَيْدُ البرِّ فنوعانِ: مَأكولٌ، وغيرُ مَأكولٍ، أمَّا المأكولُ فلا يَحِلُّ للمُحْرِمِ اصْطيادُه نحوَ: الظَّبْيِ، والأرنَبِ، وحِمارِ الوَحْشِ، وبَقَرِ الوَحْشِ، والطُّيورِ التي يُؤْكَلُ لُحومُها بَرِّيَّةً [كانتْ،] (٢) أو بَحْريَّةً؛ لأنَّ الطُّيورَ كُلَّها بَرِّيَّةٌ؛ لأنَّ تَوالُدَها في البرِّ إنَّما يدخلُ بعضُها في البحْرِ لطَلَبِ الرِّزْقِ.

والأصلُ فيه قوله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة:٩٦] وقوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة:٩٥] ظاهرُ الآيتيْنِ: يقتضي تحريمَ صَيْدِ البرِّ للمُحْرِمِ عامًّا، أو مُطْلَقًا إلاَّ ما خُصَّ أو قُيِّدَ بدليلٍ. وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَيَبْلُوَنَّكُمُ ٱللَّهُ بِشَىْءٍ مِّنَ ٱلصَّيْدِ تَنَالُهُۥٓ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ﴾ [المائدة:٩٤] والمُرادُ منه: الابتِلاءُ بالنَّهْيِ (٣) بقولِه تعالى في سياقِ الآيةِ: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة:١٧٨] أي: اعتَدَى بالاصْطيادِ بعدَ تحريمِه، والمُرادُ منه صَيْدُ البرِّ؛ لأنَّ صَيْدَ البحْرِ مُباحٌ بقولِه تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة:٩٦] وكذا لا يَحِلُّ له الدّلالةُ عليه، والإشارةُ إليه بقولِه ﷺ: «الدّالُّ على الخيْرِ كفاعِلِه، والدّالُّ على الشّرِّ كفاعِلِه» (٤) ولأنّ الدّلالةَ والإشارةَ سببٌ إلى القتْلِ، وتحريمُ الشّيءِ تحريمٌ لأسبابه. وكذا لا يَحِلُّ له الإعانةُ على قَتْلِه؛ لأنّ الإعانةَ فوقَ الدّلالةِ والإشارةِ، وتحريمُ الأدنَى تحريمُ الأعلى من طَريقِ الأولى كالتّأفيفِ مع الضّرْبِ والشّتْمِ.

وأمَّا غيرُ المأكولِ فنوعانِ: نوعٌ يكونُ مُؤْذِيًا طَبْعًا مُبْتَدِئًا بالأذَى غالِبًا، ونوعٌ لا يَبْتَدِئُ بالأذَى غالِبًا، أمَّا الذي يَبْتَدِئُ بالأذَى غالِبًا فللمُحْرِمِ أنْ يقتُلَه ولا شيءَ عليه، وذلك نحوَ: الأسَدِ، والذِّئْبِ، والنّمِرِ، والفهْدِ؛ لأنّ دَفْعَ الأذَى من غيرِ سببٍ موجِبٍ للأذَى واجبٌ فضْلاً عن الإباحةِ، ولِهذا أباحَ رسولُ اللَّه ﷺ قَتْلَ الخمسِ الفواسِقِ للمُحْرِمِ في الحِلِّ والحرَمِ بقولِه ﷺ: «خمسٌ من الفواسِقِ يقتُلهُنّ المُحْرِمُ في الحِلِّ والحرَمِ: الحيّةُ، والعقرَبُ، والفأرةُ، والكلْبُ العقورُ، والغرابُ» ورُوِيَ: «والحِدَأةُ».

و[رُوِيَ] (٥) عن ابنِ عمرَ رضي الله عنه عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «خمسٌ يقتُلهُنّ المُحِلُّ

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «بالبري».

(٤) أخرجه الإسماعيلي في معجم شيوخه (١/ ٤٦٦)، برقم (١١٨)، من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٥) ليست في المخطوط.

والمُخرِمُ في الحِلِّ والحرَمِ: الحِدَأةُ، والغرابُ، والعقرَبُ، والفأرةُ والكلْبُ العقورُ»[(١)].

و[رُوِيَ] [(٢)] عن عائشةَ رضي الله عنها قالتْ: أمرَ رسولُ اللَّه ﷺ بقَتْلِ خمسِ فواسِقَ في الحِلِّ والحرَمِ: الحِدَأةُ، والفأرةُ، والغرابُ، والعقرَبُ، والكلْبُ العقورُ[(٣)] وعِلَّةُ الإباحةِ فيها هي الابتِداءُ بالأذى والعدْوُ على النّاسِ غالبًا فإنّ من عادةِ الحِدَأةِ أنْ تُغيرَ على اللَّحمِ والكرِشِ، والعقرَبُ تقصِدُ مَنْ تَلْدَغه وتَتْبَعُ حِسَّه وكذا الحيّةُ، والغرابُ يَقَعُ على دُبُرِ البعيرِ وصاحِبُه قَريبٌ منه، والفأرةُ تسرِقُ أموالَ النّاسِ، والكلْبُ العقورُ من شَأنِه العدْوُ على النّاسِ [١/ ٢٦٠ب] وعَقْرِهم ابتِداءً من حيث الغالِبِ، ولا يَكادُ يَهْرُبُ من بَني آدَمَ، وهذا المعنى موجودٌ في الأسَدِ، والذِّئْبِ والفهْدِ، والنّمِرِ فكان وُرودُ النّصِّ في تلك الأشياءِ وُرودًا في هذه دَلالةً.

قال أبو يوسفَ: (الغرابُ المذكورُ في الحديثِ هو الغرابُ الذي يَأكُلُ الجيَفَ، أو يخلِطُ مع الجيَفِ إذْ هذا النّوْعُ هو الذي يَبْتَدِئُ بالأذى) والعقعَقُ ليس في معناه؛ لأنّه لا يَأكُلُ الجيَفَ ولا يَبْتَدِئُ بالأذَى. وأمّا الذي لا يَبْتَدِئُ بالأذى غالِبًا كالضّبُعِ، والثّعلَبِ وغيرِهِما فلَه أنْ يقتُلَه إنْ عَدا عليه ولا شيءَ عليه إذا قتَلَه، وهذا قولُ أصحابِنا الثّلاثةِ.

وقال زُفَرُ: (يلزَمُه الجزاءُ) وجه قولِه: أنّ المُحَرِّمَ للقَتْلِ قائمٌ وهو الإحرامُ فلو سَقَطَتِ الحُرْمةُ إنّما تسقُطُ بفعلِه. وفعلُ العجْماءِ جُبارٌ فبَقيَ مُحَرِّمُ القتْلِ كما كان، كالجمَلِ الصّئُولِ إذا قتَلَه إنسانٌ أنّه يَضْمَنُ لما قلنا كذا هذا.

(ولنا): أنّه لَمّا عَدا عليه وابتَدَأه بالأذى، التَحَقَ بالمُؤذياتِ [طَبْعًا] [(٤)] فسَقَطَتْ عِصْمَتُه، وقد رُوِيَ عن عمرَ رضي الله عنه أنّه ابتَدَأ قَتْلَ ضَبُعٍ فأدّى جَزاءَها وقال: (إنّا ابتَدَأناها) [(٥)] فتَعليلُه بابتِدائه قَتْلَه إشارةٌ إلى أنّها لو ابتَدَأت لا يلزَمُه الجزاءُ، وقولُه:

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب: بدء الخلق، باب: خمس من الدواب فواسق، حديث (٣٣١٥)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: ما يندب للمحرم وغيره قتله، حديث (١١٩٩)، والنسائي (٢٨٢٨)، وابن ماجه (٣٠٨٨)، من حديث ابن عمر.

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: ما يقتل المحرم من الدواب، حديث (١٨٢٩)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: ما يندب للمحرم وغيره قتله، حديث (١١٩٨)، والترمذي (٨٣٧)، والنسائي (٢٨٨١)، وابن حبان (١٢/ ٤٤٨)، (٥٦٣٢)، من حديث عائشة.

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) لم أقف عليه بهذا السياق

(الإحرامُ قائمٌ) مُسَلَّمٌ لكنّ أثرَه في أنْ لا يتعرَّضَ للصَّيْدِ لا في وُجوبِ تَحمُّلِ الأذى بل يجبُ عليه دَفْعُ الأذى؛ لأنّه من صيانةِ نفسِه عن الهلاكِ وأنّه واجبٌ، فسَقطَتْ عِصْمَتُه في حالِ الأذَى، فلم يجبِ الجزاءُ بخلافِ الجمَلِ الصّائلِ؛ لأنّ عِصْمَتَه ثبتتْ حَقًّا لمالِكِه ولم يوجَدْ منه ما يُسقِطُ العِصْمةَ فيَضْمَنُ القاتلُ، وإنْ لم يَعدُ عليه لا يُباحُ له أنْ يَبْتَدِئَه بالقتْلِ، وإنْ قتَلَه ابتِداءً فعليه الجزاءُ عندَنا[(١)] . وعندَ الشّافعيِّ (يُباحُ له قَتْلُه ابتِداءً ولا جَزاءَ عليه إذا قَتَلَه)[(٢)] .

(وجه قولِه): أنّ النّبيّ ﷺ أباحَ للمُحْرِمِ قَتْلَ خمسٍ من الدّوابِّ، وهي لا يُؤْكَلُ لَحمُها والضَّبُعُ والثّعلَبُ ما لا يُؤْكَلُ لَحمُه، فكان وُرودُ النّصِّ هناك وُرودًا ههنا.

(ولَنا): قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقۡتُلُواْ ٱلصَّيۡدَ وَأَنتُمۡ حُرُمٞ﴾ [المائدة :٩٥] وقولُه: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيۡكُمۡ صَيۡدُ ٱلۡبَرِّ مَا دُمۡتُمۡ حُرُمٗاۗ﴾ [المائدة :٩٦] وقولُه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَيَبۡلُوَنَّكُمُ ٱللَّهُ بِشَيۡءٖ مِّنَ ٱلصَّيۡدِ تَنَالُهُۥٓ أَيۡدِيكُمۡ وَرِمَاحُكُمۡ﴾ [المائدة :٩٤] عامًّا أو مُطْلَقًا من غيرِ فصلٍ بَيْنَ المأكولِ وغيرِه، واسمُ الصَّيْدِ يَقعُ على المأكولِ وغيرِ المأكولِ لوُجودِ حَدِّ الصَّيْدِ فيهِما جميعًا، والدّليلُ عليه قولُ الشّاعِرِ:

صَيدُ المُلوكِ أرانِبٌ وثَعالِبُ وإذا رَكِبْتُ فصَيدِي الأبطالُ

أطلَقَ اسمَ الصّيْدِ على الثّعلَبِ إلاّ أنّه خَصّ منها الصّيْدَ العاديَ المُبْتَدِئَ بالأذَى غالبًا، أو قُيِّدَتْ بدليلٍ فمَنِ ادَّعَى تخصيصَ غيرِه، أو التّقْييدَ فعليه الدّليلُ. وقد رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «الضّبُعُ صَيدٌ وفيه شاةٌ إذا قَتَلَه المُحْرِمُ»[(٣)] . وعن عمرَ وابنِ عبّاسٍ [وابن عمر] [(٤)] رضي الله (عنهما أنّهما أوجبوا) [(٥)] في قَتْلِ المُحْرِمِ الضَّبُعَ جَزاءً.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (١/ ٤٢٢، ٤٢٣).
(٢) انظر في مذهب الشافعية: الوسيط (٢/ ٦٩٣، ٦٩٤).
(٣) أخرجه أبو داود في كتاب: الأطعمة، باب: في أكل الضبع، حديث (٣٨٠١)، والترمذي (٨٥١)، والنسائي (٢٨٣٦)، وابن ماجه (٣٠٨٥)، وابن حبان (٩/ ٢٧٧)، (٣٩٦٤)، وأبو يعلى (٤/ ١١٦)، (٢١٥٩)، من حديث جابر بن عبد الله، وذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ١٣٤)، وقال: قال الترمذي: حسن صحيح، وقال في علله الكبرى: قال البخاري: حديث صحيح. قلت: وهو صحيح كما في الإرواء (١٠٥٠)، وفيه «سألت رسول الله ﷺ عن الضبع، فقال: هو صيد ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم»، وهذا لفظ أبي داود.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «عنهم - أنهم أوجبا».

وعن عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال في الضّبُعِ إذا عَدا على المُحْرِمِ: فلْيقتُلْه، فإنْ قَتَلَه قبلَ أنْ يَعدوَ عليه فعليه شاةٌ مُسِنّةٌ [١] ولا حُجّةَ للشّافعيِّ في حديثِ الخمسِ الفواسِقِ؛ لأنّه ليس فيه أنّ إباحةَ قَتْلِهِنّ لأجلِ أنّه لا يُؤْكَلُ لَحمُها، بل فيه إشارةٌ إلى أنّ عِلّةَ الإباحةِ فيها الابتِداءُ بالأذى غالبًا، ولا يوجَدُ ذلك في الضّبُعِ والثّعلَبِ، بل من عادتِهما الهرَبُ من بَني آدَمَ ولا يُؤْذيانِ أحدًا حتّى يَبْتَدِئَهما بالأذى، فلم توجَدْ عِلّةُ الإباحةِ [فيهما فلم تَثْبُتِ الإباحةُ] [٢]. وعلى هذا الخلافِ: الضّبُّ، واليرْبوعُ، والسّمُّورُ، والدَّلَقُ [٣]، والقِرْدُ، والفيلُ، والخِنْزيرُ؛ لأنّها صَيْدٌ لوُجودِ معنى الصّيْدِ فيها، وهو الامتِناعُ والتّوَحُّشُ ولا تَبْتَدِئُ بالأذى غالبًا، فتَدْخُلُ تحت ما تَلونا من الآياتِ الكريمةِ.

وقال زُفَرُ في الخِنْزيرِ: (أنّه لا يجبُ الجزاءُ فيه) لما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «بُعِثت بكَسرِ المعازِفِ، وقَتْلِ الخنازيرِ» [٤] نَدَبَنا ﷺ إلى قَتْلِه. والنّدْبُ فوقَ الإباحةِ، فلا يتعلّقُ به الجزاءُ، والحديثُ محمولٌ على (غيرِ حالِ الإحرامِ أو على حالِ العدْوِ) [٥] والابتِداءِ بالأذى، حَمْلًا لخَبَرِ الواحِدِ على موافَقةِ الكتابِ العزيزِ، وعلى هذا الاختِلافِ سِباعُ الطّيْرِ، واللهُ أعلَمُ.

فصل [في بيان حكم ما يحرم على المحرم اصطياده]

وأمّا بيانُ حكمِ ما يحرُمُ على المُحْرِمِ اصْطيادُه إذا اصْطادَه فالأمرُ لا يخلو إمّا أنْ قَتَلَ الصّيْدَ، وإمّا أنْ جَرَحَه، وإمّا أنْ أخذه فلم يقتُلْه ولم يَجْرَحْه، فإنْ قَتَلَه فالقتْلُ لا يخلو، إمّا أنْ يكونَ مُباشَرةً، أو تسببا، فإنْ كان مُباشَرةً فعليه قيمةُ الصّيْدِ المقتولِ يُقَوِّمُه ذَوا عَدْلٍ

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، (٣/ ٤٢٥)، برقم (٤٦٨).
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المطبوع: «الدُّلَفُ»، وهو خطأ، والصواب: الدَّلق، وهي: دويبة نحو الهرة، طويلة الظهر يُعْمَل منها الفرو، انظر المعجم الوسيط (١/ ٣٠٤).
(٤) لم أقف عليه بهذا اللفظ، ولكن يشهد لصحة قتل الخنازير ما أخرجه البخاري في كتاب: المظالم والغصب، باب: كسر الصليب وقتل الخنزير، حديث (٢٤٧٦)، ومسلم في كتاب: الإيمان، باب: نزول عيسى ابن مريم، حديث (١٥٥)، والترمذي (٢٢٣٣)، وابن ماجه (٤٠٧٨) من حديث أبي هريرة، وفيه «لا تقوم الساعة حتى ينزل فيكم ابن مريم حكماً مقسطاً فيكسر الصليب ويقتل الخنزير».
(٥) في المخطوط: «حال العذر».

لهما بَصارةٌ بقيمةِ الصّيودِ فيُقَوِّمانِه في المكانِ الذي أصابَه إنْ كان موضِعًا تُباعُ فيه الصّيودُ، وإنْ كان في مَفازةٍ يُقَوِّمانِه في أقرَبِ الأماكِنِ من العُمْرانِ إليه، فإنْ بَلَغَتْ قيمَتُه ثَمَنَ هَدْيٍ، فالقاتلُ بالخيارِ إنْ شاء أهدَى، وإنْ شاء أطعَمَ، وإنْ شاء صامَ، وإنْ لم يَبْلُغْ قيمَتُه ثَمَنَ هَدْيٍ [١/ ٢٦١أ] فهو بالخيارِ بين الطّعامِ والصِّيامِ، سَواءٌ كان الصّيْدُ مِمَّا له نَظيرٌ، أو [كان مِمَّا] (١) لا نَظيرَ له. وهذا قولُ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ.

وحَكَى الطّحاوِيُّ قولَ محمّدٍ: أنّ الخيارَ للحَكَمَيْنِ إنْ شاءا حَكَما عليه هَدْيًا، وإنْ شاءا طَعامًا، وإنْ شاءا صيامًا، فإنْ حَكَما عليه هَدْيًا نَظَرَ القاتلُ إلى نَظيرِه من النّعَمِ من حيث الخِلْقةُ والصُّورةُ إنْ كان الصّيْدُ مِمَّا له نَظيرٌ، سَواءٌ كان قيمةُ نَظيرِه مثلَ قيمَتِه أو أقَلَّ أو أكثرَ لا يُنْظَرُ إلى القيمةِ، بل إلى الصُّورةِ والهيْئةِ، فيجِبُ في الظّبْيِ شاةٌ وفي الضّبُعِ شاةٌ، وفي حِمارِ الوَحْشِ بَقرةٌ، وفي النّعامةِ بَعيرٌ وفي الأرنَبِ عَناقٌ، وفي اليرْبوعِ جَفْرةٌ، وإنْ لم يكنْ له نَظيرٌ مِمَّا في ذَبْحِه قربةٌ كالحمامِ، والعُصْفورِ، وسائرِ الطُّيورِ تُعتَبَرُ قيمَتُه كما قال أبو حنيفةَ وأبو يوسفَ ومحمّدٌ. وحَكَى الكَرْخيُّ قولَ محمّدٍ: إنّ الخيارَ للقاتلِ عندَه أيضًا غيرَ أنّه إنِ اختارَ الهدْيَ لا يجوزُ له إلاَّ إخراجُ النّظيرِ فيما له نَظيرٌ(٢). وعندَ الشّافعيِّ يجبُ عليه بقَتْلِ ما له نَظيرُ النّظيرِ ابتِداءً من غيرِ اختيارِ أحدٍ، وله أنْ يُطْعِمَ، ويكونُ الإطعامُ بَدَلاً عن النّظيرِ لا عن الصّيْدِ(٣).

فيَقَعُ الكلامُ في موجِبِ قَتْلِ صَيْدٍ له نَظيرٌ في مواضعَ منها: أنّه يجبُ على القاتلِ قيمَتُه في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ(٤)، ولا يجبُ عندَ محمّدٍ والشّافعيِّ(٥). والأصلُ فيه قولُه

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٣٨ - ٤٤١)، مختصر الطحاوي ص (٧٠ - ٧١)، متن القدوري ص (٣١)، المبسوط (٤/ ٨٢ - ٨٤)، تحفة الفقهاء (١/ ٤٢٢ - ٤٢٤).

(٣) مذهب الشافعية: أن الواجب مما له نظير النظير ومما لا نظير له القيمة، فإن أراد إخراج الطعام يخرج الطعام بقيمة النظير، انظر: الأم (٢/ ٢٠٦، ٢٠٧)، مختصر المزني ص (٧١)، اختلاف العلماء ص (٩٧، ٩٨)، حلية العلماء (٣/ ٢٧١)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٤٢٣، ٤٢٤، ٤٢٧، ٤٢٨، ٤٣٨).

(٤) انظر في مذهب الحنفية: أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٤٧٥)، المبسوط (٤/ ٨٤، ٨٥)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٧٩)، البناية مع الهداية (٤/ ٣٢٣، ٣٢٤).

(٥) مذهب الشافعية: أنه إذا قتل المحرم الصيد الذي عليه جزاؤه جزاه إن شاء بمثله فإن لم يرد أن يجزيه بمثله قوم المثل دراهم ثم الدراهم طعامًا ثم تصدق بالطعام، انظر: الأم (٢/ ٢٠٧)، مختصر المزني ص (٧١)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٤٢٤، ٤٢٧)، حلية العلماء (٣/ ٢٧٤).

عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة:٩٥] [أي: فعليه جزاءٌ مثلُ ما قَتَلَ،] [١] أوجب اللَّه تعالى على القاتلِ جزاءً مثلَ ما قَتَلَ، واختلف الفُقَهاءُ في المُرادِ من المثلِ المذكورِ في الآيةِ الشّريفةِ، قال أبو حنيفةَ وأبو يوسفَ: (المُرادُ منه المثلُ من حيث المعنى وهو القيمةُ) وقال محمّدٌ والشّافعيُّ: (المُرادُ منه المثلُ من حيث الصُّورةُ والهيئةُ).

(وجه قولِهما): أنّ اللَّهَ تعالى أوجب على القاتلِ جَزاءَ مثل [٢] النّعَم، وهو مثلُ ما قَتَلَ من النّعَمِ؛ لأنّه ذكر المثلَ ثمّ فسَّرَه بالنّعَمِ بقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾، و﴿مِنَ﴾ ههنا لتَمْييزِ الجِنْسِ، فصار تقديرُ الآيةِ الشّريفةِ: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾، وهو مثلُ المقتولِ، وهو أنْ يكونَ مثلَه في الخِلْقةِ والصُّورةِ.

ورُوِيَ أنّ جَماعةً من الصّحابةِ رضي الله عنهم منهم عمرُ رضي الله عنه أوجَبوا في النّعامةِ بَدَنةً، وفي الظّبْيةِ شاةً، وفي الأرنَبِ عَناقًا [٣]، وهم كانوا أعرف بمعاني كتابِ اللَّه تعالى.

ولأبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ وُجوهٌ من الاستدلالِ بهذه الآيةِ.

أوّلُها [٤]: أنّ اللَّه عَزَّ وجَلَّ نَهَى المُحْرِمينَ عن قَتْلِ الصّيْدِ عامًّا؛ لأنّه تعالى ذكر الصّيْدَ بالألِفِ واللّامِ بقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة:٩٥] والألِفُ واللّامُ لاستِغْراقِ الجِنْسِ خُصُوصًا عندَ عَدَمِ المعهودِ، ثمّ قال تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ﴾ [المائدة:٩٥] والهاءُ كِنايةٌ راجِعةٌ إلى الصّيْدِ الموجَدِ من اللَّفْظِ المُعرَّفِ بلام التّعريفِ، فقد أوجب سبحانه وتعالى بقَتْلِ الصّيْدِ مثلاً يَعُمُّ ما له نَظيرٌ وما لا نَظيرَ له، وذلك هو المثلُ من حيث المعنى، وهو القيمةُ لا المثلُ من حيث الخِلْقةُ والصُّورةُ؛ لأنّ ذلك لا يجبُ في صَيْدٍ لا نَظيرَ له، بل الواجبُ فيه المثلُ من حيث المعنى وهو القيمةُ بلا خلافٍ، فكان صَرْفُ المثلِ المذكورِ بقَتْلِ الصّيْدِ على العُمومِ إليه تخصيصًا لبعضِ ما تَناوَلَه عُمومُ الآيةِ، والعملُ بعُمومِ اللَّفْظِ واجبٌ ما أمكَنَ، ولا يجوزُ تخصيصُه إلاّ بدليلٍ.

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المطبوع: «من».
(٣) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، (٥/ ١٨٤)، برقم (٩٦٦٢).
(٤) في المخطوط: «أحدها».

والثاني: أنّ مُطْلَقَ اسمِ المثلِ يَنْصَرِفُ إلى ما عُرِفَ مثلًا في أُصُولِ الشّرعِ، والمثلُ المُتعارَفُ في أُصُولِ الشّرعِ، [هو المثلُ] [1] من حيث الصُّورةُ والمعنى، أو من حيث المعنى وهو القيمةُ كما في ضَمانِ المُتْلَفاتِ، فإنّ مَنْ أتلَفَ على آخَرَ حِنْطةً يلزَمُه حِنْطةٌ. ومَنْ أتلَفَ عليه عَرْضًا تَلْزَمُه القيمةُ. فأمّا المثلُ من حيث الصُّورةُ والهيْئةُ فلا نَظيرَ له في أُصُولِ الشّرعِ، فعندَ الإطلاقِ يَنْصَرِفُ إلى المُتعارَفِ لا إلى غيرِه.

والثالث: أنّه سبحانه وتعالى ذكر المثلَ مُنَكَّرًا في موضِعِ الإثباتِ فيتناوَلُ واحِدًا، وأنّه اسمٌ مشتَرَكٌ يَقَعُ على المثلِ من حيث المعنى، ويَقَعُ على المثلِ من حيث الصُّورةُ، فالمثلُ من حيث المعنى يُرادُ من الآيةِ فيما لا نَظيرَ له، فلا يكونُ الآخَرُ مُرادًا إذِ المشتَرَكُ في موضِعِ الإثباتِ لا عُمومَ له.

والرابع: أنّ اللَّهَ تعالى ذكر عَدالةَ الحكَمَيْنِ، ومعلومٌ أنّ العدالةَ إنّما تُشْتَرَطُ فيما يحتاجُ فيه إلى النّظَرِ والتّأمُّلِ، وذلك في المثلِ من حيث المعنى وهو القيمةُ؛ لأنّ بها تَتَحقَّقُ الصِّيانةُ عن الغُلوِّ والتّقْصيرِ، وتقريرِ الأمرِ على الوَسَطِ. فأمّا الصُّورةُ فمُشابَهةٌ لا تفتقرُ إلى العدالةِ. وأمّا قوله تعالى: ﴿مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة:٩٥] فلا نُسلِّمُ أنّ قوله تعالى: ﴿مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة:٩٥] خرج تفسيرًا للمثلِ، وبيانُه من وجهين:

أحدهما: أنّ قولَه: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ﴾ [المائدة:٩٥] كلامٌ تامٌّ بنفسِه مُفيدٌ بذاتِه من غيرِ وصْلِه بغيرِه لكونِه مُبْتَدَأً وخبَرًا، وقولُه: ﴿مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًۢا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ [المائدة:٩٥] يُمْكِنُ استِعمالُه على غيرِ وجه التّفْسيرِ [١/ ٢٦١ب] للمثلِ؛ لأنّه كما يُرْجَعُ إلى الحكَمَيْنِ في تقويمِ الصّيْدِ المُتْلَفِ يُرْجَعُ إليهما في تقويمِ الهدْيِ الذي يوجَدُ بذلك القدرِ من القيمةِ، فلا يُجْعَلُ قولُه: ﴿مِّثْلُ مَا قَتَلَ﴾ [المائدة:٩٥] مربوطًا بقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة:٩٥] مع استِغْناءِ الكلامِ عنه. هذا هو الأصلُ إلاَّ إذا قام دليلٌ زائدٌ يوجِبُ الرّبْطَ بغيرِه.

والثاني: أنّه وصل قولَه: ﴿مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة:٩٥] بقولِه: ﴿يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًۢا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ [المائدة:٩٥]، وقولُه عزَّ وجلَّ: ﴿أَوْ كَفَّٰرَةٌ طَعَامُ مَسَٰكِينَ﴾ [المائدة:٩٥]، وقولُه عزَّ وجلَّ: ﴿أَوْ عَدْلُ ذَٰلِكَ صِيَامًا﴾ [المائدة:٩٥] جعل الجزاءَ أحدَ الأشياءِ الثّلاثةِ؛ لأنّه أدخلَ حَرْفَ

---

(١) ليست في المخطوط.

التّخييرِ بين الهدْيِ والإطعامِ [١]، وبين الطّعامِ والصِّيامِ فلو كان قولُه: ﴿مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة :٩٥] تفسيرًا للمثلِ، لَكان الطّعامُ والصِّيامُ مثلاً لدخولِ حَرْفِ أو بينهما، وبين النّعَمِ إذْ لا فَرْقَ بين التّقْديمِ والتّأخيرِ في الذِّكْرِ، بأنْ قال تعالى: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا﴾ [المائدة: ٩٥]؛ لأنّ التّقْديمَ في التّلاوةِ، لا يوجِبُ التّقْديمَ في المعنى، ولَمّا لم يكنِ الطّعامُ والصِّيامُ مثلاً للمقتولِ دَلَّ أنّ ذِكْرَ النّعَمِ لم يخرجْ مخرَجَ التّفْسيرِ للمثلِ، بل هو كلامٌ مُبْتَدَأٌ غيرُ موصُولِ المُرادِ بالأوّلِ.

وقولُ جَماعةِ الصّحابةِ رضي الله عنهم محمولٌ على الإيجاب من حيث القيمةُ تَوْفيقًا بين الدّلائلِ مع ما، إنّ المسألةَ مختلِفةٌ بين الصّحابةِ رضي الله عنهم.

رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ مثلُ مذهبِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، فلا يُحْتَجُّ بقولِ البعضِ على البعضِ، وعلى هذا ينبني اعتِبارُ مكانِ الإصابةِ في التّقْويمِ عندَهما؛ لأنّ الواجبَ على القاتلِ القيمةُ وأنّها تختَلِفُ باختِلافِ المكانِ. وعندَ محمّدٍ، والشّافعيِّ الواجبُ: هو النّظيرُ إمّا بحكمِ الحكَمَيْنِ أو ابتِداءً، فلا يُعتبَرُ فيه المكانُ.

وقال الشّافعيُّ [٢]: يُقَوّمُ بمكّةَ أو بمِنًى، وإنّه غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ العِبْرةَ في قيَمِ المُستهْلَكاتِ في أُصُولِ الشّرعِ مواضعُ الاستِهْلاكِ، كما في استِهْلاكِ سائرِ الأموالِ ومنها أنّ الطّعامَ بَدَلٌ عن الصّيْدِ عندَنا، فيُقَوّمُ الصّيْدَ بالدّراهِمِ ويَشْتَري بالدّراهِمِ طَعامًا، وهو مذهبُ ابنِ عبّاسٍ وجَماعةٍ من التّابِعينَ.

وعن ابنِ عبّاسٍ روايةٌ أُخرى: أنّ الطّعامَ بَدَلٌ عن الهدْيِ فيُقَوّمُ الهدْيَ بالدّراهِمِ، ثمّ يَشْتَري بقيمةِ الهدْيِ طَعامًا، وهو قولُ الشّافعيِّ. والصّحيحُ قولُنا؛ لأنّ اللّهَ تعالى جعل جميعَ ذلك جَزاءَ الصّيْدِ بقولِه عزَّ وجلَّ: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة :٩٥] إلى قولِه: ﴿أَوْ كَفَّٰرَةٌ طَعَامُ مَسَٰكِينَ﴾ [المائدة :٩٥] فلَمّا كان الهدْيُ من حيث كونِه جَزاءً مُعتبَرًا بالصّيْدِ إمّا في قيمَتِه أو نَظيرِه على اختِلافِ القولينِ، كان الطّعامُ مثلَه؛ ولأنّ فيما لا مثلَ له من النّعَمِ [٣] اعتِبارَ الطّعامِ بقيمةِ الصّيْدِ بلا خلافٍ، فكذا فيما له مثلٌ؛ لأنّ الآيةَ عامّةٌ مُنْتَظِمةٌ للأمرَيْنِ جميعًا.

---

(١) في المخطوط: «والطعام».

(٢) في المخطوط: «الشعبي».

(٣) في المخطوط: «الطعام».

وَمنها أنّ كفّارةَ جَزاءِ الصّيْدِ على التّخييرِ، كذا رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنه وهو مذهبُ جَماعةٍ من التّابِعينَ مثلَ: عَطاءٍ، والحسَنِ، وإبراهيمَ وهو قولُ أصحابِنا، وعن ابنِ عبّاسٍ روايةٌ أُخرى أنّه على ترتيبِ الهدْيِ، ثمّ الإطعامِ، ثمّ الصّيامِ حتّى لو وُجِدَ الهدْيُ لا يجوزُ الطّعامُ. ولو وُجِدَ الهدْيُ، أو الطّعامُ لا يجوزُ الصّيامُ كما في كفّارةِ الظّهارِ والإفطارِ أنّها على التّرْتيبِ دونَ التّخييرِ.

واحتَجَّ مَنِ اعتبَرَ التّرْتيبَ بما رُوِيَ أنّ جَماعةً من الصّحابةِ رضي الله عنهم حَكَموا في الضّبُعِ بشاةٍ، ولم يذكروا غيرَه، فدَلَّ أنّ الواجبَ على التّرْتيبِ.

ولَنا: أنَّ اللَّهَ تعالى ذكر حَرْفَ أو في ابتِداءِ الإيجاب، وحَرْفُ أو إذا ذُكِرَ في ابتِداءِ الإيجاب يُرادُ به التّخييرُ لا التّرْتيبُ، كما في قولِه عزَّ وجَلَّ في كفّارةِ اليمينِ: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة:٨٩] وقولِه تعالى في كفّارةِ الحلْقِ: ﴿فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة:١٩٦] [وغيرُ ذلك] (١). هذا هو الحقيقةُ، إلاّ في موضِعٍ قام الدّليلُ بخلافِها كما في آيةِ المُحارِبينَ أنّه ذكر فيها أو على إرادةِ الواوِ، مَنِ ادَّعى خلافَ الحقيقةِ ههنا فعليه الدّليلُ.

ثمّ إذا اختارَ الهدْيَ فإنْ بَلَغَتْ قيمةُ الصّيْدِ بَدَنةً نَحرَها، وإنْ لم تَبْلُغْ بَدَنةً وبَلَغَتْ بَقرةً ذَبَحَها، وإنْ لم تَبْلُغْ بَقرةً وبَلَغَتْ شاةً ذَبَحَها، وإنِ اشترى بقيمةِ الصّيْدِ إذا بَلَغَتْ بَدَنةً أو بَقرةً سبعَ شِياهٍ وذَبَحَها أجزَأه، فإنِ اختارَ شِراءَ الهدْيِ وفَضَلَ من قيمةِ الصّيْدِ، فإنْ بَلَغَ هَدْيَيْنِ أو أكثرَ، اشترى [هديًا] (٢)، وإنْ كان لا يَبْلُغُ هَدْيًا [فهو بالخيارِ، إنْ شاء صَرف الفاضِلَ إلى الطّعامِ، وإنْ شاء صامَ كما في صَيْدِ الصّغيرِ الذي لا تَبْلُغُ قيمَتُه هَدْيًا] (٣).

وقد اختُلِفَ في السّنِّ الذي يجوزُ في جَزاءِ الصّيْدِ. قال أبو حنيفةَ: لا يجوزُ إلاّ ما يجوزُ في الأُضْحيّةِ، وهَدْيِ المُتعةِ، والقِرانِ والإحصارِ، وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ: تجوزُ الجفْرةُ والعناقُ على قدرِ الصّيْدِ، واحتَجّا بما رُوِيَ عن جَماعةٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم أنّهم أوجَبوا في اليرْبوعِ جَفْرةً، وفي الأرنَبِ عَناقًا.

ولأبي حنيفةَ أنّ إطلاقَ الهدْيِ يَنصَرِفُ إلى ما يَنْصَرِفُ إليه سائرُ [١/ ٢٦٢أ] الهدايا

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.

المُطْلَقةِ في القرآنِ، فلا يجوزُ دونَ السِّنِّ الذي يُجْزِي في سائرِ الهدايا، وما رُوِيَ عن جَماعةٍ من الصّحابةِ حِكايةُ حالٍ لا عُمومَ له، فيُحمَلُ على أنّه كان على طَريقِ القيمةِ، على أنّ ابنَ عبّاسٍ رضي الله عنه يُخالِفُهم، فلا يُقْبَلُ قولُ بعضِهم على بعضٍ إلاَّ عندَ قيامِ دليلِ التّرْجيحِ، ثمّ اسمُ الهدْيِ يَقَعُ على الإبلِ والبقرِ والغنَمِ على ما بَيّنّا فيما تقَدَّمَ، ولا يجوزُ ذَبحُ الهدْيِ إلاَّ في الحرَمِ لقوله تعالى: ﴿هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ [المائدة:٩٥] ولو جاز ذَبْحُه في غيرِ الحرَمِ لم يكنْ لذِكْرِ بُلوغِه الكعبةَ معنًى. وليس المُرادُ منه بُلوغَ عَيْنِ الكعبةِ بل بُلوغَ قربِها، وهو الحرَمُ، ودَلَّتِ الآيةُ الكريمةُ على أنّ مَنْ حَلَفَ لا يَمُرُّ على بابِ الكعبةِ أو المسجدِ الحرامِ، فمرَّ بقربِ بابه حَنِثَ وهو كقولِه تعالى: ﴿فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾ [التوبة:٢٨] والمُرادُ منه الحرَمُ؛ لأنّهم مُنِعوا بهذه الآيةِ الكريمةِ عن دخولِ الحرَمِ. وعن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنه أنّه قال: الحرَمُ كُلُّه مسجِدٌ [(١)]؛ ولأنّ الهدْيَ اسمٌ لما يُهْدَى إلى مكانِ الهدايا أي: يُنْقَلُ إليها. ومكانُ الهدايا الحرَمُ لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ مَحِلُّهَآ إِلَى ٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج:٣٣]، والمُرادُ منه الحرَمُ.

ورُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «مِنَى كُلُّها مَنحَرٌ، وفِجاجُ مكّةَ كُلُّها مَنحَرٌ»[(٢)] ولو ذَبَحَ في الحِلِّ لا يسقُطُ عنه الجزاءُ بالذّبْحِ إلاَّ أنْ يتصَدَّقَ بلَحمِه على الفُقراءِ، على كُلِّ فقيرٍ قيمةُ نصفِ صاعٍ من بُرٍّ فيُجْزِئَه على طَريقِ البدلِ عن الطّعامِ، وإذا ذَبَحَ الهدْيَ في الحرَمِ سَقَطَ الجزاءُ عنه بنفسِ الذَّبحِ، حتّى لو هَلَكَ أو سُرِقَ أو ضاعَ بوجهٍ من الوُجوه خرج عن العُهْدةِ [(٣)]؛ لأنّ الواجبَ هو إراقةُ الدّمِ، وإنِ اختارَ الطّعامَ اشترى بقيمةِ الصّيْدِ طَعامًا فأطعَمَ كُلَّ مِسكينٍ نصفَ صاعٍ من بُرٍّ ولا يُجْزيه أقَلُّ من ذلك، كما في كفّارةِ اليمينِ وفِدْيةِ الأذى، ويجوزُ الإطعامُ في الأماكِنِ كُلِّها عندَنا[(٤)]. وعندَ الشّافعيِّ لا يجوزُ إلاَّ في الحرَمِ،

(١) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه»، (٤/ ٣٤٥)، برقم (٨٠٠٥)، عن مجاهد ص ٢٣٧ .
(٢) أخرجه أبو داود في كتاب: المناسك، باب: الصلاة بجمع، حديث (١٩٣٧)، وابن ماجه (٣٠٤٨)، والبيهقي في السنن (٥/ ١٢٢)، (٩٢٨٦)، من حديث جابر بن عبد الله، وأبو داود (٢٣٢٤)، والبيهقي في السنن (٣/ ٣١٧)، (٦٠٧٩)، من حديث أبي هريرة، وهو صحيح، كما في صحيح الجامع (٤٢٢٥).
(٣) في المخطوط: «الهدي».
(٤) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢٢/ ٤٩٠)، أحكام القرآن للجصاص (١/ ٢٨٢، ٢٨٣)، المبسوط (٤/ ٧٥، ١٣٦)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٧٨، ١٦٣، ١٦٤)، البناية مع الهداية (٤/ ٣٢١، ٤٤٩، ٤٥٠).

كما لا يجوزُ الذَّبْحُ إلاَّ في الحرَمِ تَوْسِعةً على أهلِ الحرَمِ[١].

ولَنا: [أنَّ] [٢] قوله تعالى: ﴿أَوْ كَفَّرَةٌ طَعَامُ مَسَكِينَ﴾ [المائدة:٩٥] مُطْلَقٌ عن المكانِ وقياسُ الطّعامِ على الذَّبحِ بمعنى التّوْسِعةِ على أهلِ الحرَمِ قد أبطَلْناه فيما تقَدَّمَ؛ ولأنّ الإراقةَ لم تُعقَلْ قربةً بنفسِها، وإنّما عُرِفَتْ قربةً بالشّرعِ، والشّرعُ ورد بها في مكان مخصُوصٍ أو زَمانٍ مخصُوصٍ، فيَتْبَعُ مورِدَ الشّرعِ فيتقَيّدُ كونُها قربةً بالمكانِ الذي ورد الشّرعُ بكونِها قربةً فيه وهو الحرَمُ فأمّا الإطعامُ فيُعقَلُ قربةً بنفسِه؛ لأنّه من بابِ الإحسانِ إلى المُحْتاجينَ فلا يتقَيّدُ كونُه قربةً بمكانٍ، كما لا يتقَيّدُ بزَمانٍ، وتجوزُ فيه الإباحةُ والتّمليكُ لما نذكرُه في كتابِ الكفّاراتِ. ولا يجوزُ للقاتلِ أنْ يَأكُلَ شيئًا من لَحمِ الهدْيِ. ولو أكل شيئًا منه فعليه قيمةُ ما أكل، ولا يجوزُ دَفْعُه ودَفْعُ الطّعامِ إلى ولَدِه ووَلَدِ ولَدِه وإنْ سَفَلوا، ولا إلى والِدِه ووالِدِ والِدِه وإنْ عَلوا، كما لا تجوزُ الزّكاةُ، ويجوزُ دَفْعُه إلى أهلِ الذِّمّةِ في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، ولا يجوزُ في قولِ أبي يوسفَ كما في صَدَقةِ الفِطْرِ، والصّدَقةِ المنْذورِ بها على ما ذكرنا في كتابِ الزّكاةِ.

وإنِ اختارَ الصِّيامَ اشترى بقيمةِ الصّيْدِ طَعامًا وصامَ لكُلِّ نصفِ صاعٍ من بُرٍّ يومًا عندَنا[٣]، وهو قولُ ابنِ عبّاسٍ وجَماعةٍ من التّابِعينَ مثلَ: إبراهيمَ، وعَطاءٍ، ومُجاهِدٍ. وقال الشّافعيُّ: يَصُومُ لكُلِّ مُدٍّ يومًا[٤]، والصّحيحُ قولُنا لما رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه قال: (يَصُومُ عن كُلِّ نصفِ صاعٍ يومًا) ومثلُ هذا لا يُعرَفُ بالاجتِهادِ، فتَعَيّنَ السّماعُ من رسولِ اللّه ﷺ فإنْ فضَلَ من الطّعامِ أقَلُّ من نصفِ صاعٍ فهو بالخيارِ: إنْ شاء تَصَدَّقَ به، وإنْ شاء صامَ عنه يومًا؛ لأنّ صومَ بعضِ يومٍ لا يجوزُ، ويجوزُ الصّومُ في الأيّامِ كُلِّها بلا خلافٍ، ويجوزُ مُتَتابِعًا ومُتفرِّقًا لقوله تعالى: ﴿أَوْ عَدْلُ ذَلِكَ صِيَامًا﴾ [المائدة

---

(١) انظر في مذهب الشافعية: الأم (٢/ ٢٠٧)، مختصر المزني ص (٦٩، ٧١)، حلية العلماء (٣/ ٢٧٧، ٢٧٨)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٤٩٨ - ٥٠٠)، (٨/ ٣٠٣).

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٥٤)، كتاب الحجة (٢/ ١٧٩، ١٨٠)، مختصر الطحاوي ص (٧١)، أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٤٧٥)، متن القدوري ص (٣١)، المبسوط (٤/ ٨٥)، البناية مع الهداية (٤/ ٣٢٤، ٣٢٥).

(٤) مذهب الشافعية أنه يصوم لكل مُدٍّ يوماً، انظر: الأم (٢/ ١٨٥، ١٨٦، ٢٠٧)، مختصر المزني ص (٧١)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٤٢٤، ٤٢٧، ٤٣٨، ٤٣٩).

:٩٥] مُطْلَقًا عن المكانِ وصِفةِ التّتابُعِ والتّفرُّقِ، وسَواءٌ كان الصّيْدُ مِمَّا يُؤْكَلُ لَحمُه أو مِمَّا لا يُؤْكَلُ لَحمُه عندَنا بعدَ أنْ كان مُحْرِم الاصْطيادُ على المُحْرِمِ كالضّبُعِ، والثّعلَبِ، وسِباعِ الطّيْرِ، ويُنْظَرُ إلى قيمَتِه لو كان مَأكولَ اللّحمِ لعُمومِ قولِه تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌۚ وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة:٩٥] غيرَ أنّه لا يُجاوِزُ به دَمًا في ظاهرِ الرِّوايةِ.

وذكر الكَرْخيُّ أنّه لا يَبْلُغُ دَمًا بل يَنْقُصُ من ذلك بخلافِ مَأكولِ اللّحمِ، فإنّه تجبُ قيمَتُه بالِغةً ما بَلَغَتْ [وإنْ بَلَغَتْ قيمَتُه هَدْيَيْنِ أو أكثرَ. وقال زُفَرُ: (تجبُ قيمَتُه بالِغةً ما بَلَغَتْ] [١] كما في مَأكولِ اللّحمِ) وجه قولِه: أنّ هذا المصيدَ [٢] مَضْمونٌ بالقيمةِ، والمضْمونُ بالقيمةِ يُعتَبَرُ كمالُ قيمَتِه كالمأكولِ.

ولَنا: أنّ هذا المضْمونَ [٣] إنّما يجبُ بقَتْلِه من حيث إنّه صَيْدٌ، ومن حيث إنّه صَيْدٌ لا تَزيدُ قيمةُ لَحمِه على لَحمِ الشّاةِ بحالٍ، بل لَحمُ الشّاةِ يكونُ خَيْرًا منه بكثيرٍ، فلا يُجاوِزُ به دَمًا، بل يَنْقُصُ منه [١/ ٢٦٢ب] كما ذكره الكَرْخيُّ؛ ولأنّه جَزاءٌ وجب بإتلافِ ما ليس بمالٍ، فلا يُجاوِزُ به دَمًا كحَلْقِ الشّعرِ وقَصِّ الأظفارِ، وقد خرج الجوابُ عَمَّا ذكره زُفَرُ، وَيستَوِي في وُجوبِ الجزاءِ بقَتْلِ الصّيْدِ المُبْتَدِئُ والعائدُ وهو أنْ يقتُلَ صَيْدًا ثمّ يَعودَ ويقتُلَ آخَرَ وثمّ إنّه يجبُ لكُلِّ صَيْدٍ جَزاءٌ على حِدةٍ، وهذا قولُ عامّةِ العُلَماءِ، وعامّةِ [٤] الصّحابةِ رضي الله عنهم.

وعن ابنِ عبّاسٍ أنّه لا جَزاءَ على العائدِ [٥]، وهو قولُ: الحسَنِ، وشُرَيْحٍ، وإبراهيمَ، واحتَجُّوا بقولِه تعالى: ﴿وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ ٱللَّهُ مِنْهُۚ﴾ [المائدة:٩٥] جعل جَزاءَ العائدِ الانتِقام في الآخِرةِ فتنتفي الكفّارةُ في الدُّنْيا.

ولَنا: أنّ قولَه تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة:٩٥] يتناوَلُ القتْلَ في كُلِّ مرّةٍ، فيقتضي وُجوبَ الجزاءِ في كُلِّ مرّةٍ، كما في قولِه تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء:٩٢] ونحوُ ذلك. وأمّا قولُه

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «الصيد».
(٣) في المخطوط: «الضمان».
(٤) في المخطوط: «عليه».
(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، (٣/ ٤٣٨).

تعالى: ﴿وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ ٱللَّهُ مِنْهُ﴾ [المائدة:٩٥] ففيه أنّ اللّهَ تعالى يَنْتقِمُ من العائدِ، وليس فيه أنْ يَنْتقِمَ منه بماذا؟ فيُحْتَمَلُ أنّه يَنْتقِمُ منه بالكفَّارةِ، كذا قال بعضُ أهلِ التّأويلِ: فيَنْتقِمُ اللّه منه بالكفَّارةِ في الدُّنْيا، أو بالعذابِ في الآخِرةِ، على أنّ الوَعيدَ في الآخِرةِ لا يَنْفي وُجوبَ الجزاءِ في الدُّنْيا، كما أنّ اللّهَ تعالى جعل حَدَّ المُحارِبينَ للّه ورسولِه جَزاءً لهم في الدُّنْيا بقولِه: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ﴾ [المائدة:٣٣] الآيةَ [ثم] (١) قال عَزَّ وجَلَّ في آخِرِها ﴿ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْىٌ فِى ٱلدُّنْيَا ۖ وَلَهُمْ فِى ٱلْءَاخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المائدة:٣٣].

ومنهم مَنْ صَرف تأويلَ الآيةِ الكريمةِ إلى استحلالِ الصّيْدِ، فقال اللّه عَزَّ وجَلَّ: ﴿عَفَا ٱللَّهُ عَمَّا سَلَفَ﴾ [المائدة:٩٥] في الجاهِليّةِ من استحلالِهم الصّيْدَ إذا تابَ ورجع، عَمَّا استَحَلَّ من قَتْلِ الصّيْدِ، ومَنْ عاد إلى الاستحلالِ فيَنْتقِمُ اللّه منه بالنّارِ في الآخِرةِ، وبه نقول، هذا إذا لم يكنْ قَتْلُ الثّاني والثّالثِ على وجه الرّفْضِ والإحلالِ. فأمّا إذا كان على وجه الرّفْضِ والإحلالِ لإحرامِه فعليه جَزاءٌ واحِدٌ استحسانًا، والقياسُ أنْ يلزَمَه لكُلِّ واحِدٍ منهما دَمٌ لأنّ الموجودَ ليس إلاّ نيّةَ الرّفْضِ، ونيّةُ الرّفْضِ لا يتعَلّقُ بها حكمٌ، لأنّه لا يَصيرُ حَلالاً بذلك فكان وُجودُها والعدَمُ بمنزِلةٍ واحِدةٍ إلاّ أنّهم استحسَنوا وقالوا: لا يجبُ إلاّ جَزاءٌ واحِدٌ؛ لأنّ الكُلَّ وقَعَ على وجهٍ واحِدٍ فأشبَهَ الإيلاجاتِ في الجِماعِ، ويستوِي فيه العمدُ والخطَأُ والذِّكْرُ والنِّسيانُ عندَ عامَّةِ العُلَماءِ وعامَّةِ الصّحابةِ رضي الله تعالى عنهم.

وعن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما (أنّه لا كفّارةَ على الخاطِئ و[الناسي] (٢)) (٣) وقال (٤) الشّافعيُّ: [(لا كفّارةَ على الخاطِئ والنّاسي)] (٥) والكلامُ في المسألةِ: بناءً وابتِداءً.

أمّا البِناءُ: فما ذكرنا فيما تقَدَّمَ أنّ الكفَّارةَ إنّما تجبُ بارتِكابِ محظورِ الإحرامِ والجِنايةِ عليه، ثمّ زَعَمَ الشّافعيُّ أنّ فعلَ الخاطِئ والنّاسي لا يوصَفُ بالجِنايةِ والحظْرِ؛ لأنّ فعلَ الخطَأِ والنِّسيانِ مِمّا لا يُمْكِنُ التّحَرُّزُ عنه فكان عُذْرًا، وقلنا نحنُ: إنّ فعلَ الخاطِئ

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) لم أقف عليه.
(٤) في المخطوط: «وهو قول».
(٥) ليست في المخطوط.

والنّاسي جِنايةٌ وحَرامٌ؛ لأنّ فعلَهما جائزُ المُؤاخَذةِ عليه عَقْلاً، وإنّما رُفِعَتِ المُؤاخَذةُ عليه شرعًا مع بَقاءِ وصْفِ الحظْرِ والحُرْمةِ فأمكَنَ القولُ بوُجوبِ الكفَّارةِ. وكذا التّحرُّزُ عنهما مُمْكِنٌ في الجُمْلةِ إذْ لا يَقَعُ الإنسانُ في الخطَأِ والسّهوِ [١] إلاَّ لنوعِ تقصيرٍ منه فلم يكنْ عُذْرًا منه.

ولِهذا لم يُعذَرِ النّاسي في بابِ الصّلاةِ إلاَّ أنّه جُعِلَ عُذْرًا في بابِ الصّومِ؛ لأنّه يَغْلِبُ وُجودُه فكان في وُجوبِ القضاءِ حَرَجٌ، ولا يَغْلِبُ في بابِ الحجِّ؛ لأنّ أحوالَ الإحرامِ مُذَكِّرةٌ فكان النِّسيانُ معها نادِرًا على أنّ العُذْرَ في هذا البابِ لا يمنَعُ وُجوبَ الجزاءِ كما في كفّارةِ الحلْقِ لمرَضٍ أو أذًى بالرّأسِ. وكذا فواتُ الحجِّ لا يختلفُ حكمُه للعُذْرِ وعَدَمِ العُذْرِ.

وأمَّا الابتِداءُ فاحتَجَّ بقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥] خَصّ المُتَعَمِّدَ بإيجاب الجزاءِ عليه، فلو شارَكَه الخاطِئُ والنّاسي في الوُجوبِ لم يكنْ للتَّخصيصِ معنًى.

(ولَنَا): وُجوهٌ من الاستدلالِ بالعمدِ:

احدُها: أنّ الكفَّاراتِ وجبتْ رافِعةً للجِنايةِ؛ ولِهذا سَمَّاه اللّه تعالى كفّارةً بقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿أَوْ كَفَّٰرَةٌ طَعَامُ مَسَٰكِينَ﴾ [المائدة: ٩٥] وقد وُجِدَتِ الجِنايةُ على الإحرامِ في الخطَأِ، ألا ترى أنّ اللّهَ عَزَّ وجَلَّ سَمَّى الكفَّارةَ في القتْلِ الخطَأِ تَوْبةً بقولِه تعالى في آخِرِ الآيةِ ﴿تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ﴾ [النساء: ٩٢] ولا تَوْبةَ إلاَّ من الجِنايةِ، والحاجةُ إلى رَفْعِ الجِنايةِ موجودةٌ. والكفَّارةُ صالِحةٌ لرَفْعِها؛ لأنّها ترفَعُ أعلى الجِنايتيْنِ وهي العمدُ، وما صَلَحَ رافِعًا لأعلى الذَّنْبَيْنِ يصلُحُ رافِعًا لأدناهما، بخلافِ قَتْلِ الآدميِّ عَمْدًا أنّه لا يوجِبُ الكفّارةَ عندَنا، والخطَأُ يوجِبُ؛ لأنّ النّصَ هناك [وجب] [٢]، ورُدَّ بإيجاب الكفَّارةِ في الخطَأِ وذَنْبِ الخطَأِ (دونَ ذَنْبِ) [٣] العمدِ، وما يصلُحُ لرَفْعِ الأدنى [١/ ٢٦٣أ] لا يصلُحُ لرَفْعِ الأعلى فامتَنَعَ الوُجوبُ من [طَريقِ] [٤] الاستدلالِ؛ لانعِدامِ طَريقِه.

والثاني: أنّ المُحْرِمَ بالإحرامِ أمَّنَ الصّيْدَ عن التّعرُّضِ، والتَزَمَ تركَ التّعرُّضِ له فصار

---

(١) في المخطوط: «النسيان».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «وذمة دية».
(٤) ليست في المخطوط.

الصَّيْدُ كالأمانةِ عندَه، وكُلُّ ذي أمانةٍ إذا أتلَفَ الأمانةَ يلزَمُه الغرْمُ عَمْدًا كان أو خَطَأً بخلافِ قَتْلِ النّفْسِ عَمْدًا؛ لأنّ النّفْسَ محفوظةٌ بصاحِبِها وليستْ بأمانةٍ عندَ القاتلِ حتّى يستَوِيَ حكمُ العمدِ والخطأِ في التّعرُّضِ لها.

والثالث: أنّ اللّهَ تعالى ذكر التّخييرَ في حالِ العمدِ وموضوعَ التّخييرِ في حالِ الضّرورةِ؛ لأنّه في التّوسُّعِ وذا في حالِ الضّرورةِ كالتّخييرِ في الحلْقِ لمَنْ به مرَضٌ أو به أذًى من رأسِه بقولِه: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِۦٓ أَذًى مِّن رَّأْسِهِۦ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة:١٩٦] ولا ضرورةَ في حالِ العمدِ. فعُلِمَ أنّ ذِكْرَ التّخييرِ فيه؛ لتقديرِ الحكمِ به في حالِ الضّرورةِ لولاه لَما ذكر التّخييرَ فكان إيجابُ الجزاءِ في حالِ العمدِ إيجابًا في حالِ الخطأِ؛ ولِهذا كان ذِكْرُ التّخييرِ الموضوعِ للتّخفيفِ والتّوسُّعِ في كفّارةِ اليمينِ بين الأشياءِ الثّلاثةِ حالةَ العمدِ ذِكْرًا في حالةِ الخطأِ والنّوْمِ والجُنونِ دَلالةً.

وأمّا تخصيصُ العامِدِ فقد عُرِفَ من أصلِنا أنّه ليس في ذِكْرِ حكمِه وبيانِه في حالِ دليلِ نَفْيِه في حالٍ أُخرى فكان تَمَسُّكًا بالمسكوتِ فلا يَصِحُّ، ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ تخصيصُ العامِدِ لعِظَمِ ذَنْبه تنبيهًا على الإيجاب على مَنْ قَصرَ ذَنْبُه عنه من الخاطِئِ والنّاسي من طَرِيقِ الأولى؛ لأنّ الواجبَ لَمّا رفع أعلى الذّنْبَيْنِ فلأَنْ يَرْفَعَ الأدنى [1] أولى، وعلى هذا كانتِ الآيةُ حُجّةً عليه واللهُ أعلَمُ.

وَيستَوِي في وُجوبِ كمالِ الجزاءِ بقَتْلِ الصّيْدِ حالَ الانفِرادِ والاجتِماعِ عندَنا حتّى لو اشترك جَماعةٌ من المُحْرِمينَ في قَتْلِ صَيْدٍ يجبُ على كُلِّ واحِدٍ منهم جَزاءٌ كامِلٌ عندَ أصحابِنا[2]. وعندَ الشّافعيِّ يجبُ عليهم جَزاءٌ واحِدٌ[3].

وجه قوله: أنّ المقتولَ واحِدٌ فلا يُضْمَنُ إلاّ بجَزاءٍ واحِدٍ، كما إذا قَتَلَ جَماعةٌ رجلاً واحِدًا خَطَأً أنّه لا تجبُ عليهم إلاّ ديةٌ واحِدةٌ وكذا جَماعةٌ من المُحِلِّينَ إذا قَتلوا صَيْدًا

---

(١) زاد في المخطوط: «كان».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٣٨)، كتاب الآثار ص (٧٤)، الجامع الصغير ص (١٥٢)، مختصر الطحاوي ص (٧١)، أحكام القرآن للجصاص (٢/ ٤٧٦، ٤٧٧)، المبسوط (٤/ ٨٠، ٨١)، تحفة الفقهاء (١/ ٤٢٥).

(٣) مذهب الشافعية: أنه يجب على جماعتهم جزاءً واحداً، انظر: الأم (٢/ ٢٠٧)، مختصر المزني ص (٧٢)، حلية العلماء (٣/ ٢٧١)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٤٢٤، ٤٣٩، ٤٤٠).

واحِدًا في الحرَمِ لا يجبُ عليهم إلاّ قيمةٌ واحِدةٌ كذا هذا.

(ولَنَا): قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥] وكَلِمةُ «مَنْ» تَتَناوَلُ كُلَّ واحِدٍ من القاتلينَ على حالِه كما في قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ﴾ [النساء: ٩٣] وقوله تعالى: ﴿وَمَن يَظْلِم مِّنكُمْ نُذِقْهُ عَذَابًا كَبِيرًا﴾ [الفرقان: ١٩] وقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَمَن يَكْفُرْ بِٱللَّهِ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَكُتُبِهِۦ وَرُسُلِهِۦ [وَٱلْيَوْمِ ٱلْأَخِرِ] (١)﴾ [النساء: ١٣٦]، وأقربُ المواضعِ قولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] حتّى يجبَ على كُلِّ واحِدٍ من القاتلينَ خطأً كفارةٌ على حِدةٍ، ولا تَلْزَمُه الدِّيةُ أنّه لا يجبُ عليهم إلاّ ديةٌ واحِدةٌ، لأنّ ظاهرَ اللّفظِ وعُمومَه يقتضي وُجوبَ الدِّيةِ على كُلِّ واحِدٍ منهم، وإنّما عَرَفْنا وُجوبَ ديةٍ واحِدةٍ بالإجماعِ، وقد تُرِكَ ظاهرُ اللّفظِ بدليلٍ، والشّافعيُّ نَظَرَ إلى المحِلِّ فقال: المحِلُّ وهو المقتولُ مُتَّحِدٌ فلا يجبُ إلاّ ضَمانٌ واحِدٌ.

وأصحابُنا نَظَروا إلى الفعلِ فقالوا: الفعلُ مُتَعَدِّدٌ فيتعَدَّدُ الجزاءُ، ونَظَرُنا أقوى؛ لأنّ الواجبَ جَزاءُ الفعلِ لأنّ اللّه تعالى سَمّاه جَزاءً بقولِه: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾ [المائدة: ٩٥] والجزاءُ يُقابِلُ الفعلَ لا المحِلَّ.

وكذا سَمّى الواجبَ كفّارةً بقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿أَوْ كَفَّٰرَةٌ طَعَامُ مَسَٰكِينَ﴾ [المائدة: ٩٥]، والكفّارةُ جَزاءُ الجِنايةِ بخلافِ الدِّيةِ فإنّها بَدَلُ المحِلِّ فتتَّحِدُ باتِّحادِ المحِلِّ وتَتَعَدَّدُ بتَعَدُّدِه، وهو الجوابُ عن صَيْدِ الحرَمِ؛ لأنّ ضَمانَه يُشْبِه ضَمانَ الأموالِ؛ لأنّها تجبُ بالجِنايةِ على الحرَمِ، والحرَمُ واحِدٌ فلا تجبُ إلاّ قيمةٌ واحِدةٌ.

ولو قَتَلَ صَيْدًا مُعَلَّمًا، كالبازي والشّاهينِ والصّقْرِ والحمامِ الذي يَجيءُ من مواضعَ بَعيدةٍ [ونحوِ ذلك] (٢) يجبُ عليه قيمَتانِ: (قيمَتُه مُعَلَّمًا) (٣) لصاحِبه بالِغةً ما بَلَغَتْ، وقيمَتُه غيرَ مُعَلَّمٍ حَقًّا للّه؛ لأنه جَنَى على حَقَّيْنِ: حَقِّ اللّه تعالى وحَقِّ العبدِ، والتّعليمُ وصْفٌ مرغوبٌ فيه في حَقِّ العِبادِ؛ لأنّهم يَنْتفِعونَ بذلك، واللّه عَزَّ وجَلَّ (يَتعالى عن) (٤) أنْ يَنْتفِعَ بشيءٍ، ولأنّ الضّمانَ الذي هو حَقُّ اللّه تعالى يتعَلَّقُ بكونِه صَيْدًا، وكونُه مُعَلَّمًا

(١) ليست في المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «قيمة».
(٤) في المخطوط: «غنيٌّ».

وصْفٌ زائدٌ على كونِه صَيْدًا، فلا يُعتبَرُ ذلك في وُجوبِ الجزاءِ، وقد قالوا في الحمامةِ المُصَوِّتةِ إنّه يَضْمَنُ قيمَتَها مُصَوِّتةً في روايةٍ، وفي روايةٍ غيرَ مُصَوِّتةٍ.

وجه الرِّوايةِ الأُولى: أنّ كونَها مُصَوِّتةً من بابِ الحُسنِ والملاحةِ، والصّيْدُ مَضْمونٌ بذلك كما لو قَتَلَ صَيْدًا حَسَنًا مَليحًا له زيادةُ قيمةٍ تجبُ قيمَتُه على تلك الصِّفةِ، وكما لو قَتَلَ حَمامةً مُطَوّقةً أو فاختِةً مُطَوّقةً.

وجه الرِّوايةِ الأُخرى: وعلى نحوِ ما ذكرنا أنّ كونَها مُصَوِّتةً لا يرجعُ إلى كونِه صَيْدًا فلا يلزَمُ المُحْرِمَ ضَمانُ ذلك، وهذا يَشْكُلُ بالمُطَوّقةِ والصّيْدِ الحسَنِ المليحِ.

[١/ ٢٦٣ب]ولو أخذ بَيْضَ صَيْدٍ فشواه أو كسَرَه فعليه قيمَتُه يتصدَّقُ به؛ لما رُوِيَ عن الصّحابةِ رضي الله عنهم أنّهم حَكَموا في بَيْضِ النّعامةِ بقيمَتِه؛ ولأنّه أصلُ الصّيْدِ إذِ الصّيْدُ يتولَّدُ منه فيُعطَى له حكمُ الصّيْدِ احتياطًا.

فإنْ شوَى بَيْضًا أو جَرادًا فضَمِنَه لا يحرُمُ أكلُه ولو أكله أو غَيْرُه حَلالاً كان أو مُحرِمًا لا يلزَمُه شيءٌ بخلافِ الصّيْدِ الذي قَتَلَه المُحرِمُ أنّه لا يَحِلُّ أكلُه.

ولو أكل المُحْرِمُ الصّائدَ منه (بعدَ ما أدّى جَزاءَه يلزَمُه قيمةُ ما أكل) [١] في قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ الحُرْمةَ هناك لكونِه مَيْتةً لعَدَمِ الذَّكاةِ لخُروجِه عن أهليّةِ الذَّكاةِ، والحُرْمةُ ههنا ليستْ لمكانِ كونِه مَيْتةً؛ لأنّه لا يحتاجُ إلى الذَّكاةِ فصار كالمجوسيِّ إذا شوَى بَيْضًا أو جَرادًا أنّه يَحِلُّ أكلُه كذا هذا.

فإنْ كسَرَ البيْضَ فخرج منه فرخٌ مَيِّتٌ فعليه قيمَتُه حَيًّا يُؤْخَذُ فيه بالثِّقةِ [٢]. وقال مالكٌ: عليه نصفُ عُشْرِ قيمَتِه واعتبَرَه بالجنينِ [٣]؛ لأنّ ضَمانَه ضَمانُ الجِناياتِ، وفي الجنينِ نصفُ عُشْرِ قيمَتِه كذا فيه.

(ولَنا): أنّ الفرخَ صَيْدٌ؛ [لأنّه يُفْرَضُ أنْ يَصيرَ صَيْدًا فيُعطَى له حكمُ الصّيْدِ، ويُحْتَمَلُ

---

(١) في المخطوط: «يلزمه الجزاء».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٤٢)، المبسوط (٤/ ٨٧، ٨٨)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٨٠، ٨١)، البناية مع الهداية (٤/ ٣٢٧، ٣٢٨)، مجمع الأنهر (١/ ٢٩٩).

(٣) مذهب المالكية: قال مالك: «إذا كسر المحرم بيض الطير الوحشي أو الحلال في الحرم، عليه عُشْرُ ثَمَنِ أمه سواء كان فيه فرخ أو لم يكن، ما لم يستهل من بعد الكسر صارخاً فإن استهل فعليه الجزاء كاملاً». انظر: المدونة (١/ ٣٣٢)، بداية المجتهد (١/ ٣٧٧).

أنّه ماتَ بكَسرِه، ويُحْتَمَلُ أنّه كان مَيّتًا قبلَ ذلك] [١] وضَمانُ الصّيْدِ يُؤْخَذُ فيه بالاحتياطِ؛ لأنّه وجب حَقًّا للّه تعالى، وحُقوقُ اللّه تعالى يُحْتاطُ في إيجابها.

وكذلك إذا ضرب بَطْنَ ظَبْيةٍ فألقَتْ جَنينًا ثمّ ماتَتِ الظّبْيةُ، فعليه قيمَتُهما يُؤْخَذُ في ذلك كُلِّه بالثّقةِ، أمّا قيمةُ الأُمِّ فلأنّه قتَلَها. وأمّا قيمةُ الجنينِ؛ فلأنّه يُحْتَمَلُ أنّه ماتَ بفعلِه، ويُحْتَمَلُ أنّه كان مَيّتًا فيُحْكَمُ بالضّمانِ احتياطًا فإنْ قَتَلَ ظَبْيةً حامِلاً فعليه قيمَتُها حامِلاً؛ لأنّ الحمْلَ يَجْري مجرى صِفاتِها وحُسنِها ومَلاحَتِها وسِمَنِها، والصّيْدُ مَضْمونٌ بأوصافِه.

ولو حَلَبَ صَيْدًا فعليه ما نَقَصَه الحلْبُ؛ لأنّ اللّبَنَ جزءٌ من أجزاءِ الصّيْدِ فإذا نَقَصَه الحلْبُ، يَضْمَنُ كما لو أتلَفَ جزءًا من أجزائه كالصّيْدِ المملوكِ .

وَأمّا إذا قَتَلَ الصّيْدَ تَسبُّبًا فإنْ كان مُتَعَدِّيًا في التّسَبُّبِ يَضْمَنُ وإلاّ فلا. بيانُ ذلك أنّه إذا نَصَبَ شَبَكةً فتَعَلّقَ به صَيْدٌ وماتَ أو حَفر حَفيرةً للصّيْدِ فوَقَعَ فيها فعَطِبَ يَضْمَنُ؛ لأنه مُتَعَدٍّ في التّسَبُّبِ.

ولو ضرب فُسطاطًا لنفسِه فتَعَلّقَ به صَيْدٌ فماتَ أو حَفر حَفيرةً للماءِ أو للخَبْزِ فوَقَعَ فيها صَيْدٌ فماتَ لا شيءَ عليه؛ لأنّ ذلك مُباحٌ له فلم يكنْ مُتَعَدِّيًا في التّسَبُّبِ، وهذا كمَنْ حَفر بئْرًا على قارِعةِ الطّريقِ فوَقَعَ فيها إنسانٌ أو بَهيمةٌ وماتَ يَضْمَنُ. ولو كان الحفْرُ في دارِ نفسِه فوَقَعَ فيها إنسانٌ لا يَضْمَنُ؛ لأنّه في الأوّلِ مُتَعَدِّيًا بالتّسَبُّبِ وفي الثّاني لا، كذا هذا. ولو أعانَ مُحْرِمٌ مُحْرِمًا أو حَلالاً على صَيْدٍ ضَمِنَ؛ لأنّ الإعانةَ على الصّيْدِ تُسَبِّبُ إلى قَتْلِه، وهو مُتَعَدٍّ في هذا التّسَبُّبِ؛ لأنّه تعاوَنَ على الإثم والعُدْوانِ وقد قال اللّه تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة:٢] ولو دَلَّ عليه أو أشارَ إليه، فإنْ كان المدلولُ يَرى الصّيْدَ أو يَعلَمُ به من غيرِ دَلالةٍ أو إشارةٍ فلا شيءَ على الدّالِّ؛ لأنّه إذا كان يَراه أو يَعلَمُ به من غيرِ دَلالَتِه. فلا أثرَ لدَلالَتِه في تفويتِ الأمنِ على الصّيْدِ فلم تقَعِ الدّلالةُ تَسَبُّبًا إلاّ أنّه يُكرَه ذلك، [فقتَلَه بدلالَتِه] [٢]؛ لأنّه نوعُ تحريضٍ على اصْطيادِه وإنْ رَآه المدلولُ بدلالَتِه فقتَلَه فعليه الجزاءُ عندَ أصحابِنا[٣].

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) ليست في المخطوط.

(٣) انظر في مذهب الحنفية: الأصل (٢/ ٤٣٧)، كتاب الحجة (٢/ ٧٥ - ١٧٨)، الجامع الصغير ص (١٥٢)، المبسوط (٤/ ٧٩، ٨٠)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٦٨ - ٧١)، البناية مع الهداية (٤/ ٣٠٦ - ٣٠٩).

وقال الشّافعيُّ: لا جَزاءَ عليه[١].

وجه قولِه أنّ وُجوبَ الجزاءِ مُتعَلِّقٌ بقَتْلِ الصّيْدِ ولم يوجَدْ.

(ولَنَا): ما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال «**الدّالُّ على الشّيءِ كفاعِلِه**»[٢] ورُوِيَ «**الدّالُّ على الخيرِ كفاعِلِه والدّالُّ على الشّرّ كفاعِلِه**»[٣] فظاهرُ الحديثِ يقتضي أنْ يكونَ للدَّلالةِ حكمُ الفعلِ إلاَّ ما خُصّ بدليلٍ. ورُوِيَ أنّ أبا قَتادةَ رضي الله عنه شَدَّ على حِمارِ وحْشٍ وهو حَلالٌ فقَتَلَه، وأصحابُه مُحْرِمونَ فمنهم مَنْ أكل ومنهم مَنْ أبى فسَألوا النّبيّ ﷺ عن ذلك فقال ﷺ: «**هل أشرتُم؟ هل أعنتُم؟**» فقالوا: لا. فقال: «**كُلوا إذًا**»[٤] فلولا أنّ الحكمَ يختلفُ بالإعانةِ والإشارةِ وإلاَّ لم يكنْ للفَحْصِ عن ذلك معنًى، ودَلَّ ذلك على حُرْمةِ الإعانةِ والإشارةِ، وذا يَدُلُّ على وُجوبِ الجزاءِ، ورُوِيَ أنّ رجلاً سأل عمرَ رضي الله عنه فقال: إنّي أشرت إلى ظَبْيةٍ فقَتَلَها صاحِبي فسأل عمرُ عبد الرّحمَنِ [بنَ عَوْفٍ رضي الله عنهما فقال: ما ترى؟ فقال: أرى عليه شاةً، فقال عمرُ: رضي الله عنه وأنا أرى مثلَ ذلك[٥].

ورُوِيَ][٦] أنّ رجلاً أشارَ إلى بَيْضةِ نَعامةٍ فكَسَرَها صاحِبُه فسأل عن ذلك عَليًّا وابنَ عبّاسٍ رضي الله عنهما فحَكما عليه بالقيمةِ. وكذا حكمُ عمرَ وعبدِ الرّحمَنِ رضي الله عنهما محمولٌ على القيمةِ؛ ولأنّ المُحْرِمَ قد أمَّنَ الصّيْدَ بإحرامِه، والدّلالةُ تُزيلُ الأمنَ لأنّ أمنَ الصّيْدِ في حالِ قُدْرَتِه ويِقْظَتِه يكونُ بتوحُّشِه عن النّاسِ وفي حالِ عَجْزِه ونَوْمِه

---

(١) مذهب الشافعية: أنه لا شيء عليه وإن دل الحلال في الحرم. وقال في الأم: لو دل محرم حلالاً على صيد أو أعطاه سلاحاً أو حمله على دابة ليقتله فقتله. لم يكن عليه جزاء وكان مسيئاً. انظر: الأم (٢/ ٢٠٨)، مختصر المزني ص (٧١)، حلية العلماء (٣/ ٢٥٣)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٢٩٤، ٣٣٠).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب: الإمارة، باب: فضل إعانة الغازي، حديث (١٨٩٣)، وأبو داود (٥١٢٩)، والترمذي (٢٦٧١)، من حديث أبي مسعود. والترمذي (٢٦٧٠)، من حديث أنس، وأحمد، (٢٢٥١٨)، من حديث بريدة، وهو صحيح كما في صحيح الجامع (١٦٠٥)، وفيه «الدال على الخير كفاعله».

(٣) سبق تخريجه.

(٤) أخرجه النسائي في كتاب: مناسك الحج، باب: إذا أشار المحرم إلى الصيد، حديث (٢٨٢٦)، وأحمد (٥/ ٣٠٢)، (٢٢٦٢٧)، وابن خزيمة (٤/ ١٧٦)، (٢٦٣٥)، من حديث أبي قتادة، وهو صحيح كما في صحيح النسائي، وأصله عند البخاري، في كتاب: الحج، باب: جزاء الصيد ونحوه، حديث (١٨٢١)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: تحريم الصيد للمحرم حديث (١١٩٦).

(٥) لم أقف عليه.

(٦) ليست في المخطوط.

يكونُ باختِفائه عن النّاسِ، والدّلالةُ تُزيلُ الاختِفاءَ فيزولُ الأمنُ، فكانتِ الدّلالةُ في إزالةِ الأمنِ كالاصْطيادِ؛ ولأنّ الإعانةَ والدّلالةَ والإشارةَ تَسبُّبٌ إلى القتْلِ، وهو مُتعَدٍّ في هذا [١/ ٢٦٤أ]التّسبُّبِ؛ لكونِه مُزيلًا للأمنِ وأنّه محظورُ الإحرامِ فأشبَهَ نَصْبَ الشّبَكةِ ونحوَ ذلك؛ ولأنّه لَمَّا أمّنَ الصّيْدَ عن التّعرُّضِ بعقْدِ الإحرامِ والتزَمَ ذلك، صار [به] [١] الصّيْدُ كالأمانةِ [٢] في يَدِه فأشبَهَ المودَعَ إذا دَلَّ سارِقًا على سَرِقةِ الوَديعةِ.

ولو استعارَ مُحْرِمٌ من مُحْرِمٍ سِكِّينًا؛ ليَذْبَحَ به صَيْدًا فأعارَه إيّاه فذَبَحَ به الصّيْدَ فلا جَزاءَ على صاحِبِ السّكِّينِ كذا ذكر محمّدٌ في الأصلِ من المشايخِ مَنْ فصّلَ في ذلك تفصيلًا فقال: إنْ كان المُستَعيرُ يتوصّلُ إلى قَتْلِ الصّيْدِ بغيرِه لا يَضْمَنُ، وإنْ كان لا يتوصّلُ إليه إلاّ بذلك السّكِّينِ يَضْمَنُ المُعيرُ؛ لأنّه يَصيرُ كالدّالِ.

ونَظيرُ هذا ما قالوا: لو أنّ مُحْرِمًا رأى صَيْدًا وله قَوْسٌ أو سِلاحٌ يقتُلُ به ولم يَعرِفْ أنّ ذلك في أيِّ موضِعٍ فدَلَّه مُحْرِمٌ على سِكِّينَتِه أو على قَوْسِه فأخذه فقتَلَه به أنّه إنْ كان يَجِدُ غيرَ ما دَلَّه عليه مِمَّا يقتُلُه به لا يَضْمَنُ الدّالُّ، وإنْ لم يَجِدْ غيرَه يَضْمَنُ، ولا يَحِلُّ للمُحْرِمِ أكلُ ما ذَبَحَه من الصّيْدِ ولا لغيرِه من المُحْرِمِ والحلالِ، وهو بمنزِلةِ الميْتةِ؛ لأنّه بالإحرامِ خرج من أنْ يكونَ أهلًا للذّكاةِ فلا تُتَصَوّرُ منه الذّكاةُ كالمجوسيِّ إذا ذَبَحَ. وكذا الصّيْدُ خرج من أنْ يكونَ مَحِلًّا للذّبحِ في حَقِّه لقوله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًاۗ﴾ [المائدة:٩٦] والتّحريمُ المُضافُ إلى الأعيانِ يوجِبُ خُروجَها عن مَحَلِّيّةِ التّصرُّفِ شرعًا، كتحريمِ الميْتةِ وتحريمِ الأُمّهاتِ والتّصرُّفِ الصّادِرِ من غيرِ الأهلِ وفي غيرِ مَحِلِّه يكونُ مُلْحَقًا بالعدَمِ فإنْ أكل المُحْرِمُ الذّابحُ منه فعليه الجزاءُ، وهو قيمَتُه في قولِ أبي حنيفةَ [٣].

وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ والشّافعيُّ [٤] رَحِمَهم اللّه تعالى: ليس عليه إلاّ التّوْبةُ والاستِغْفارُ، ولا خلافَ في أنّه لو أكله غيرُه لا يلزَمُه إلاّ التّوْبةُ والاستِغْفارُ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «كاملًا لأنه أمانة».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ٨٥ - ٨٦)، تبيين الحقائق (٢/ ٦٨)، الجوهرة النيرة (١/ ١٧٥)، درر الحكام (١/ ٢٤٩)، مجمع الأنهر (١/ ٣٠٠).
(٤) في بيان مذهب الشافعية يقول النووي: «إذا أكل المحرم ما ذبحه بنفسه فقد ذكر المصنف - أي الشيرازي - بعد هذا وسائر الأصحاب أنه لا يلزمه بأكله بعد الذبح شيء آخر بلا خلاف عندنا كما لا يلزمه في صيد الحرم بعد الذبح شيء آخر إنما يلزمه في الموضعين جزاء قتله فقط هذا مذهبنا. انظر: المجموع (٧/ ٣٢١ - ٣٢٣)، الأم (٢/ ٢٢٩)،، الغرر البهية (٢/ ٣٦٣)، نهاية المحتاج (٣/ ٣٥٣).

(وجه قولهم): أنّه أكل مَيْتةً فلا يلزَمَه إلاَّ التَّوْبةُ والاستِغْفارُ كما لو أكله غيرُه.

ولأبي حنيفةَ رحمه الله تعالى أنّه تَناوَلَ محظورَ إحرامِه فيلزَمُه الجزاءُ، وبيانُ ذلك أنّ كونَه مَيْتةً لعَدَمِ الأهليّةِ والمحلّيّةِ وعَدَمِ الأهليّةِ والمحَلِّيّةِ بسببِ الإحرامِ، فكانتِ الحُرْمةُ بهذه الواسِطةِ مُضافةً إلى الإحرامِ فإذا أكله فقد ارتَكَبَ محظورَ إحرامِه فيلزَمُه الجزاءُ بخلافِ ما إذا أكله مُحْرِمٌ آخَرُ أنّه لا يجبُ عليه جَزاءُ ما أكل؛ لأنّ ما أكله ليس محظورَ إحرامِه بل محظورُ [إحرامِ] [1] غيرِه، (وكما لا يَحِلُّ له لا) [2] يَحِلُّ لغيرِه مُحْرِمًا كان أو حَلالاً [3] عندَنا[4]. وقال الشّافعيُّ: يَحِلُّ لغيرِه أكلُه[5].

وجه قوله: إنّ الحُرْمةَ لمكانِ أنّه صَيْدٌ لقوله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًاۗ﴾ [المائدة :٩٦] وهو صَيْدُه لا صَيْدَ غيرِه فيحرُمُ عليه لا على غيرِه.

ولَنا: أنَّ حُرْمَتَه لكونِه مَيْتةً لعَدَمِ أهليّةِ الذَّكاةِ ومَحَلِّيّتِها فيحرُمُ عليه وعلى غيرِه كذبيحةِ المجوسيِّ هذا إذا أدّى الجزاءَ ثمّ أكل. فأمَّا إذا أكل قبلَ أداءِ الجزاءِ، فقد ذكر القاضي في شرحِه مختصَرِ الطّحاوِيِّ أنّ عليه جَزاءً واحِدًا ويدخلُ ضَمانُ ما أكل في الجزاءِ.

وذكر القُدوريُّ في شرحِه مختصَرِ الكَرْخيِّ أنّه لا روايةَ في هذه المسألةِ فيجوزُ أنْ يُقال يلزَمُه جَزاءٌ آخَرُ ويجوزُ أنْ يُقال يتداخَلانِ، وسَواءٌ تولّى صَيْدَه بنفسِه أو بغيرِه من المُحْرِمينَ بأمرِه أو رمى صَيْدًا فقتَلَه أو أرسَلَ كلبَه أو بازيَه [المُعَلَّمَ أنّه] [6] لا يَحِلُّ له؛

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «ولا».

(٣) زاد في المخطوط: «أكله».

(٤) انظر في مذهب الحنفية: تبيين الحقائق (٢/ ٦٧)، البحر الرائق (٣/ ٤٠)، مجمع الأنهر (١/ ٣٠٠)، رد المحتار (٢/ ٥٧١).

(٥) في بيان مذهب الشافعية: يقول الشيرازي: «فإذا ذبح المحرم صيداً حرم عليه أكله، لأنه إذا حرم عليه ما صيد له أو دَلَّ عليه فلأن يحرم ما ذبحه أولى وهل يحرم على غيره؟ فيه قولان: قال في الجديد: يحرم، لأن ما حرم على الذابح أكله حرم على غيره كذبيحة المجوسي. وقال في القديم: لا يحرم، لأن ما حل بذكاته غير الصيد حل بذكاته الصيد كالحلال، فإن أكل ما ذبحه لم يضمن بالأكل، لأن ما ضمنه بالقتل لم يضمنه بالأكل كشاة الغير». وقال النووي: «الأصح التحريم وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد ويكون ميتة». انظر المجموع شرح المهذب (٧/ ٣٢٢، ٣٥١)، أسنى المطالب (١/ ٥١٧)، الغرر البهية (٢/ ٣٦٣)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١٧٦)، نهاية المحتاج (٣/ ٣٥٢).

(٦) ليست في المخطوط.

لأنّ صَيْدَ غيرِه بأمرِه صَيْدُه معنًى. وكذا صَيْدُ البازي والكلْبِ والسّهْمِ؛ لأنّ فعلَ الاصْطيادِ منه، وإنّما ذلك آلةُ الاصْطيادِ والفعلُ لمُستعمِلِ الآلةِ لا للآلةِ، وَيَحِلُّ للمُحْرِمِ أكلُ صَيْدِ اصْطادَه الحلالُ لنفسِه عندَ عامّةِ العُلَماءِ.

وقال داوُد بنُ عَليٍّ الأصفَهانيُّ لا يَحِلُّ، والمسألةُ مختلِفةٌ بين الصّحابةِ رضي الله عنهم رُوِيَ عن طَلْحةَ وعُبَيْدِ اللّه وقَتادةَ وجابرٍ وعثمانَ في روايةٍ أنّه يَحِلُّ وعن عَليٍّ وابنِ عبّاسٍ وعثمانَ في روايةٍ [أنه] [١] لا يَحِلُّ.

واحتَجَّ هَؤُلاءِ بقولِه تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة:٩٦] أخبر أنّ صَيْدَ البرِّ مُحَرَّمٌ على المُحْرِمِ مُطْلَقًا من غيرِ فصلٍ بين أنْ يكونَ صَيْدَ المُحْرِمِ أو الحلالِ. وهكذا قال ابنُ عبّاسٍ: إنّ الآيةَ مُبْهَمةٌ لا يَحِلُّ لَك أنْ تَصيدَه ولا أنْ تأكُلَه ورُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنه أنّ الصّعبَ بنَ جَثّامةَ أهدَى إلى رسولِ اللّه ﷺ لَحمَ حِمارِ وحْشٍ وهو بالأبواءِ أو بوَدّانَ فردَّه فرأى النّبيُّ ﷺ في وجهِه كراهةً فقال: «**ليس بنا رَدٌّ عليك ولكنّا حُرُمٌ**[٢]» [٣].

وفي روايةٍ قال: «**لولا أنّا حُرُمٌ لَقَبِلْناه منك**»[٤].

وعن زَيْدِ بنِ أرقَمَ أنّ النّبيّ ﷺ نَهَى المُحْرِمَ عن لَحمِ الصّيْدِ مُطْلَقًا[٥].

(ولَنا): ما رُوِيَ عن أبي قَتادةَ رضي الله عنه أنّه كان حَلالاً وأصحابُه مُحْرِمونَ فشَدَّ على حِمارِ وحْشٍ فقَتَلَه فأكل منه بعضُ أصحابه وأبى البعضُ فسَألوا عن ذلك رسولَ [١/ ٢٦٤ب] اللّه ﷺ فقال رسولُ اللّه ﷺ: «**إنّما هي طُعمةٌ أطعَمَكُموها اللّه هل معكم من لَحمِه**

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) في المخطوط: «إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم».

(٣) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: إذا أهدى للمحرم حماراً وحشيًا حيًا لا يقبل، حديث (١٨٢٥)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: تحريم الصيد للمحرم، حديث (١١٩٣)، والترمذي (٨٤٩)، والنسائي (٢٨١٩)، وابن ماجه (٣٠٩٠)، من حديث الصعب بن جثامة واللفظ للترمذي وابن ماجه.

(٤) أخرجه مسلم، كتاب: الحج، باب: تحريم الصيد للمحرم، حديث (١١٩٤)، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: أهدى الصعب بن جثامة إلى النبي ﷺ حمارًا وحشيًا وهو محرم فرده عليه وقال: «لولا أنا محرمون لقبلناه منك».

(٥) أخرجه مسلم، كتاب: الحج، باب: تحريم الصيد للمحرم، حديث (١١٩٥)، وأبو داود حديث (١٨٥٠)، والنسائي حديث (٢٨٢١)، من حديث ابن عباس أنه سأل زيد بن أرقم عن لحم صيد أهدي إلى رسول الله ﷺ وهو حرام، قال: أهدى له عضو من لحم صيد فرده فقال: «إنا لا نأكله إنا حرم».

شيءٌ؟»[١] وعن جابرٍ رضي الله عنه قال: قال رسولُ اللَّه ﷺ «لَحمُ صَيْدِ البرّ حَلالٌ لَكم وأنْتُم حُرُمٌ ما لم تَصيدوه أو يُصاد لَكم»[٢] وهذا نَصٌّ في البابِ ولا حُجَّةَ لهم في الآيةِ؛ لأنّ فيها تحريمَ صَيْدِ البرِّ لا تحريمَ لَحمِ الصّيْدِ، وهذا لَحمُ الصّيْدِ وليس بصَيْدٍ حقيقةً؛ لانعِدامِ معنى الصّيْدِ وهو الامتِناعُ والتّوَحُّشُ، على أنّ الصّيْدَ في الحقيقةِ مَصْدَرٌ، وإنّما يُطْلَقُ على المصيدِ مَجازًا.

وأمّا حديثُ الصَّعبِ بنِ جَثّامَةَ: فقد اختلفتِ الرِّواياتُ فيه عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنه رُوِيَ في بعضِها (أنّه أهدَى إليه حِمارًا وحْشيًّا) كذا رَوَى مالِكٌ وسَعيدُ بنُ جُبَيْرٍ وغيرُهما عن ابنِ عبّاسٍ فلا يكونُ حُجَّةً. وحديثُ زَيْدِ بنِ أرقَمَ محمولٌ على صَيْدٍ صادَه بنفسِه أو غيرِه بأمرِه أو بإعانَتِه أو بدلالَتِه أو بإشارَتِه عَمَلاً بالدّلائلِ كُلِّها، وسَواءٌ صادَه الحلالُ لنفسِه أو للمُحْرِمِ بعدَ أنْ لا يكونَ بأمرِه عندَنا[٣].

وقال الشّافعيُّ: (إذا صادَه له لا يَحِلُّ له أكلُه)[٤] واحتَجَّ بما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «صَيدُ البرّ حَلالٌ لَكم وأنتُم حُرُمٌ ما لم تَصيدوه أو يُصادَ لَكم»[٥] ولا حُجَّةَ له فيه؛ لأنّه لا يَصيرُ مَصيدًا له إلاّ بأمرِه وبه نقول واللهُ أعلَمُ.

وَأمّا حكمُ الصّيْدِ إذا جَرَحَه المُحْرِمُ، فإنْ جَرَحَه جُرْحًا يُخرِجُه عن حَدِّ الصّيْدِ وهو المُمْتَنِعُ المُتوحِّشُ بأنْ قَطَعَ رِجْلَ ظَبْيٍ أو جَناحَ طائرٍ فعليه الجزاءُ؛ لأنّه أتلَفَه حيث أخرجه

---

(١) تقدم قريباً.

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب: المناسك، باب: لحم الصيد للمحرم، حديث (١٨٥١)، والترمذي (٨٤٦)، والنسائي (٢٨٣٧)، وابن حبان (٩/ ٢٨٣)، (٣٩٧١)، من حديث جابر، وذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ١٣٧)، وقال: قال الترمذي: والمطلب بن حنطب لا نعرف له سماعاً من جابر، وقال النسائي: عمرو بن أبي عمرو ليس بالقوي في الحديث، قلت: والحديث ضعيف كما في ضعيف الجامع (٣٥٢٤).

(٣) انظر في مذهب الحنفية: تبيين الحقائق (٢/ ٦٨)، الجوهرة النيرة (١/ ١٧٦)، فتح القدير (٣/ ٩٢ - ٩٣).

(٤) في بيان مذهب الشافعية: يقول النووي: «ما صاده المحرم أو صاده له حلالٌ بأمره أو بغير أمره أو كان من المحرم فيه إشارة أو دلالة أو إعانة بإعارة آلة أو غيرها فلحمه حرام على هذا المحرم فإن صاده حلال لنفسه ولم يقصد المحرم ثم أهدى منه للمحرم أو باعه أو وهبه فهو حلال للمحرم أيضاً هذا مذهبنا وبه قال مالك وأحمد وداود». انظر المجموع شرح المهذب (٧/ ٣٤٥)، الأم (٢/ ٢٢٩)، أسنى المطالب (١/ ٥١٩)، تحفة المحتاج (٤/ ١٨٥ - ١٨٦)، حاشية الجمل (٢/ ٥٢٥).

(٥) انظر الحديث السابق.

عن حَدِّ الصَّيْدِ فيَضْمَنُ قيمَتَه؛ وإنْ جَرَحَه جُرْحًا [ما] [١] لم يُخرِجْه عن حَدِّ الصَّيْدِ يَضْمَنُ ما نَقَصَتْه الجِراحةُ؛ لوُجودِ إتلافِ ذلك القدرِ من الصَّيْدِ فإنِ اندَمَلَتِ الجِراحةُ وبَرِئَ الصَّيْدُ لا يسقُطُ الجزاءُ؛ لأنّ الجزاءَ يجبُ بإتلافِ جزءٍ من الصَّيْدِ وبالاندِمالِ لا يُتَبَيَّنُ أنّ الإتلافَ لم يكنْ بخلافِ ما إذا جَرَحَ آدميًّا فاندَمَلَتْ جِراحَتُه ولم يَبْقَ لها أثرٌ أنّه لا ضَمانَ عليه؛ لأنّ الضَّمانَ هناك إنّما يجبُ لأجلِ الشَّينِ وقد ارتفَعَ.

فإنْ رمى صَيْدًا فجَرَحَه فكَفَّرَ عنه، ثمّ رَآه بعدَ ذلك فقَتَلَه فعليه كفّارةٌ أُخرى؛ لأنّه لَمَّا كفَّرَ الجِراحةَ ارتفَعَ حكمُها وجُعِلَتْ كأنْ لم تكُنْ، وقَتْلُه الآنَ ابتِداءً فيجبُ عليه الضّمانُ لكنْ ضَمانُ صَيْدٍ مجروحٍ؛ لأنّ تلك الجِراحةَ قد أخرج ضَمانَها مرّةً فلا تجبُ مرّةً أُخرى فإنْ جَرَحَه ولم يُكَفِّرْ ثمّ رَآه بعدَ ذلك فقَتَلَه فعليه الكفَّارةُ، وليس عليه في الجِراحةِ شيءٌ؛ لأنّه لَمَّا قتَلَه قبلَ أنْ يُكفِّرَ عن الجِراحةِ صار كأنّه قَتَلَه دَفْعةً واحِدةً.

وذكر الحاكِمُ في مختصَرِه إلاَّ ما نَقَصَتْه الجِراحةُ الأُولى أي يلزَمُه ضَمانُ صَيْدٍ مجروحٍ؛ لأنّ ذلك النُّقْصانَ قد وجب عليه ضَمانُه مرّةً فلا يجبُ مرّةً أُخرى.

ولو جَرَحَ صَيْدًا فكَفَّرَ عنه قبلَ أنْ يَموتَ ثمّ ماتَ أجزَأته الكفَّارةُ التي أدَّاها؛ لأنّه إنْ أدّى الكفَّارةَ قبلَ وُجوبِها لكنْ بعدَ وُجودِ سببِ الوُجوبِ وأنّه جائزٌ كما لو جَرَحَ إنسانًا خطَأً فكَفَّرَ عنه ثمّ ماتَ المجروحُ أنّه يجوزُ لما قلنا كذا هذا.

وإنْ نَتفَ ريشَ صَيْدٍ أو قَلَعَ سِنّ ظَبْيٍ فنَبَتَ وعاد إلى ما كان أو ضرب على عَيْنِ ظَبْيٍ فابيَضَّتْ ثمّ ارتفَعَ بياضُها قال أبو حنيفةَ: في سِنِّ الظَّبْيِ أنّه لا شيءَ عليه إذا نَبَتَ، ولم يُحْكَ عنه في غيرِه شيءٌ وقال أبو يوسفَ: عليه صَدَقةٌ.

وجه قولِه أنّ وُجوبَ الجزاءِ بالجِنايةِ على الإحرام وبِالنَّباتِ والعوْدِ إلى ما كان لا يُتَبَيَّنُ أنّ الجِنايةَ لم تَكُنْ فلا يسقُطُ الجزاءُ، ولأبي حنيفةَ أنّ وُجوبَ الجزاءِ لمكانِ النُّقْصانِ، وقد زالَ فيزولُ الضّمانُ كما لو قَلَعَ سِنّ ظَبْيٍ لم يُثْغِرْ.

وأمَّا حكمُ أخذِ الصَّيْدِ فالمُحْرِمُ إذا أخذ الصَّيْدَ يجبُ عليه إرسالُه سَواءٌ كان في يَدِه أو في قَفَصٍ معه أو في بيتِه؛ لأنّ الصَّيْدَ استَحَقَّ الأمنَ بإحرامِه، وقد فوّتَ عليه الأمنَ بالأخذِ

(١) ليست في المخطوط.

فيجبُ عليه إعادتُه إلى حالةِ الأمنِ، وذلك بالإرسالِ فإنْ أرسَلَه مُحْرِمٌ من يَدِه فلا شيءَ على المُرْسِلِ؛ لأنّ الصّائدَ ما مَلَكَ الصّيْدَ فلم يَصِرْ بالإرسالِ مُتْلِفًا مِلْكَه وإنّما وجب عليه الإرسالُ ليَعودَ إلى حالةِ الأمنِ، فإذا أرسَلَ فقد فعل ما وجب عليه.

وإنْ قَتَلَه فعلى كُلِّ واحِدٍ منهما جَزاءٌ. أمَّا القاتلُ فلأنّه مُحْرِمٌ قَتَلَ صَيْدًا. وأمَّا الآخِذُ فلأنّه فوّتَ الأمنَ على الصّيْدِ بالأخذِ وأنّه سببٌ لوُجوبِ الضّمانِ إلاّ أنّه يسقُطُ بالإرسالِ فإذا تَعذَّرَ الإرسالُ لم يسقُطْ، وللآخِذِ أنْ يرجعَ بما ضَمِنَ على القاتلِ عندَ أصحابِنا الثّلاثةِ (وقال زُفَرُ) [١]: لا يرجعُ. وجه قولِه: أنّ المُحْرِمَ لم يملِكِ الصّيْدَ بالأخذِ فكيفَ يملِكُ بَدَلَه عندَ الإتلافِ؟.

(ولَنَا): أنّ المِلْكَ له، وإنْ لم يَثْبُتْ فقد وُجِدَ سببُ الثُّبوتِ في حَقِّه [٢] [هبة] [٣] وهو الأخذُ، قال النّبيُّ ﷺ: «**الصّيدُ لمَنْ أخذه**»[٤] إلاّ أنّه تَعذَّرَ جَعلُه سببًا لمِلْكِ غيرِ الصّيْدِ [١/ ٢٦٥أ] فيُجْعَلُ سببًا لمِلْكِ بَدَلِه فيملِكُ بَدَلَه عندَ الإتلافِ ويُجْعَلُ كأنّ الأصلَ كان مِلْكَه كمَنْ غَصَبَ مُدَبَّرًا فجاء إنسانٌ وقَتَلَه في يَدِ الغاصِبِ أو غَصَبَه من يَدِه فضَمَّن المالِكُ الغاصِبَ، فإنّ للغاصِبِ أنْ يرجعَ بالضّمانِ على (الغاصِبِ والقاتلِ) [٥]. وكذا هذا في غَصْبِ أُمِّ الوَلَدِ وإنْ لم يملِكِ المُدَبَّرَ وأُمَّ الوَلَدِ لما قلنا كذا هذا.

ولو أصابَ الحلالُ صَيْدًا ثمّ أحرم فإنْ كان مُمْسِكًا إيّاه بيَدِه فعليه إرسالُه؛ ليَعودَ به إلى الأمنِ الذي استَحَقَّه بالإحرامِ، فإنْ [٦] لم يُرْسِلْه حتّى هَلَكَ في يَدِه يَضْمَنُ قيمَتَه، وإنْ أرسَلَه إنسانٌ من يَدِه ضَمِنَ له قيمَتَه في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ لا يَضْمَنُ.

وجه قولِهما: أنّ الإرسالَ كان واجبًا على المُحْرِمِ حَقًّا للَّه فإذا أرسَلَه الأجنبيُّ فقد احتَسب بالإرسالِ فلا يَضْمَنُ كما لو أخذه وهو مُحْرِمٌ فأرسَلَه إنسانٌ من يَدِه ولأبي حنيفةَ أنّه أتلَفَ صَيْدًا مَمْلوكًا له فيَضْمَنُ كما لو أتلَفَ قبلَ الإحرامِ، والدّليلُ على أنّ الصّيْدَ مِلْكُه

---

(١) في المخطوط: «خلافًا لزفر فإنه».
(٢) في المخطوط: «حقهم».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) قال الحافظ في الدراية (٢/ ٢٥٦): «لم أجد له أصلاً».
(٥) في المخطوط: «القليل وللغاصب».
(٦) في المخطوط: «وإن».

أنّه أخذه وهو حَلالٌ وأخذُ الصّيْدِ من الحلالِ سببٌ لثُبوتِ المِلْكِ؛ لقولِه [(١)] ﷺ «الصّيدُ لمَنْ أخذه» [(٢)] واللاَّمُ للمِلْكِ، والعارِضُ وهو الإحرامُ أثرُه في حُرمةِ التّعرُّضِ لا في زَوالِ المِلْكِ بعدَ ثُبوتِه.

وأمّا قولُهما: إنّ المُرْسِلَ احتَسب بالإرسالِ؛ لأنّه واجبٌ، فنقول: الواجبُ هو الإرسالُ على وجهٍ يُفَوِّتُ يَدَه عن الصّيْدِ أصلاً ورأسًا، أو على وجهٍ يُزيلُ [(٣)] يَدَه الحقيقيّةَ عنه، إنْ قالا على وجهٍ يُفَوِّتُ يَدَه أصلاً ورأسًا مَمْنوعٌ؛ وإنْ قالا: على وجهٍ يُزيلُ [(٤)] يَدَه الحقيقيّةَ عنه فمُسَلَّمٌ لكنْ ذلك يحصُلُ بالإرسالِ في بيتِه، وإنْ أرسَلَه في بيتِه فلا شيءَ عليه بخلافِ ما إذا اصْطادَه وهو مُحْرِمٌ فأرسَلَه غيرُه من يَدِه؛ لأنّ الواجبَ على الصّائدِ هناك إرسالُ الصّيْدِ على وجهٍ يَعودُ إليه به الأمنُ الذي استَحَقَّه بإحرامِه.

وفي الإمساكِ في القفَصِ أو في البيتِ لا يَعودُ الأمنُ بخلافِ المسألةِ الأُولى؛ لأنّ الصّيْدَ هناك ما استَحَقَّ الأمنَ، وقد أخذه وصار مِلْكًا له، وإنّما يحرُمُ عليه التّعرُّضُ في حالِ الإحرامِ فيجبُ إزالةُ التّعرُّضِ، وذلك يحصُلُ بزَوالِ يَدِه الحقيقيّةِ، فلا يحرُمُ عليه الإرسالُ في البيتِ أو في القفَصِ، والدّليلُ على التّفرقةِ بينهما في الفصلِ الأوّلِ لو أرسَلَه ثمّ وجَدَه بعدَ ما حَلَّ من إحرامِه في يَدِ آخَرَ له أنْ يستَرِدَّه منه، وفي الفصلِ الثّاني ليس له أنْ يستَرِدَّه.

وإنْ كان الصّيْدُ في قَفَصٍ معه أو في بيتِه لا يجبُ [عليه] [(٥)] إرسالُه عندَنا[(٦)]. وعندَ الشّافعيِّ يجبُ[(٧)] حتّى أنّه لو لم يُرْسِلْه فماتَ لا يَضْمَنُ عندَنا وعندَه يَضْمَنُ، والكلامُ فيه

(١) في المخطوط: «لقول النبي».
(٢) أورده ابن حجر في «الدراية»، (٢/ ٢٥٦)، وقال: لم أجد له أصلاً.
(٣) في المخطوط: «تزول». (٤) في المخطوط: «تزول».
(٥) زاد في المخطوط: «عليه».
(٦) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٤٣ - ٤٤٩)، الجامع الصغير ص (١٥٢)، المبسوط (٤/ ٨٩ - ٩٨)، الهداية مع فتح القدير (٣/ ٩٨، ٩٩)، مجمع الأنهر (١/ ٣٠٠، ٣٠١).
(٧) في بيان مذهب الشافعية: يقول الشيرازي - إن قلنا - يزول ملكه وجب عليه إرساله، فإن لم يرسله حتى مات ضمنه بالجزاء وإن لم يرسله حتى تحلل ففيه وجهان: أحدهما: يعود إلى ملكه ويسقط عنه فرض الإرسال لأن علة زوال الملك هو الإحرام، وقد زال فعاد الملك كالعصير إذا صار خمراً ثم صار خلاً والثاني: أنه لا يعود إلى ملكه، ويلزمه إرساله لأن يده متعدية فوجب أن يزيلها. انظر: المهذب مع المجموع (٧/ ٣٠٦، ٣١٠)، حلية العلماء (٣/ ٢٥٤).

مَبنيٌّ على أنّ مَنْ أحرم وفي مِلْكِه صَيْدٌ لا يزولُ مِلْكُه [عنه] (١) عندَنا وعندَه يزولُ.

الصّحيحُ قولُنا لما بَيّنّا أنّه كان مِلْكًا له والعارِضُ وهو حُرْمةُ التّعَرُّضِ لا يوجِبُ زَوالَ المِلْكِ ويستَوِي فيما يوجِبُ الجزاءَ الرّجُلُ والمرأةُ والمُفْرِدُ والقارِنُ، غيرَ أنّ القارِنَ يلزَمُه جَزاءَانِ عندَنا؛ لكونِه مُحْرِمًا بإحرامَيْنِ فيَصيرُ جانيًا عليهما فيلزَمُه كفّارَتانِ(٢)، وعندَ الشّافعيِّ لا يلزَمُه إلاَّ جَزاءٌ واحِدٌ؛ لكونِه مُحْرِمًا بإحرامٍ واحِدٍ(٣).

(وأمَّا) الذي يوجِبُ فسادَ الحجِّ فالجِماعُ لقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَلَا رَفَثَ [وَلَا فُسُوقَ]﴾ [البقرة:١٩٧] عن ابنِ عبّاسٍ وابنِ عمرَ رضي الله عنهما أنّه الجِماعُ (٤)، وأنّه مُفْسِدٌ للحَجِّ لما نذكرُ في بيانِ ما يُفْسِدُ الحجَّ وبيانِ حكمِه إذا فسد إنْ شاء اللَّه تعالى هذا الذي ذكرنا بيانُ ما يَخُصُّ المُحْرِمَ من المحظوراتِ وهي محظوراتُ الإحرامِ واللهُ أعلَمُ.

فصل في بيان ما يعم المحرم والحلال

ويَتَّصِلُ بهذا بيانُ ما يَعُمُّ المُحْرِمَ والحلالَ جميعًا وهو (٥). محظوراتُ الحرَمِ، فنذكرُها فنقول وباللَّه التّوْفيقُ محظوراتُ الحرَمِ نوعانِ:

نوعٌ يرجعُ إلى الصّيْدِ، ونوعٌ يرجعُ إلى النّباتِ. أمَّا الذي يرجعُ إلى الصّيْدِ فهو أنّه لا يَحِلُّ قَتْلُ صَيْدِ الحرَمِ للمُحْرِمِ والحلالِ جميعًا إلاَّ المُؤْذياتِ المُبْتَدِئةَ بالأذى غالبًا، وقد بَيّنّا ذلك في صَيْدِ الإحرامِ، والأصلُ فيه قوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا ءَامِنًا﴾ [العنكبوت:٦٧] وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾ [المائدة:٩٥] وقوله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾ [المائدة:٩٦] وهذا يتناوَلُ صَيْدَ الإحرامِ والحرَمِ جميعًا؛ لأنّه يُقالُ أحرم إذا دخل في الإحرامِ، وأحرم إذا دخل في الحرَمِ كما

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٣٨)، كتاب الآثار ص (٧٣)، الجامع الصغير ص (١٥١)، مختصر الطحاوي ص (٧١)، المبسوط (٤/ ٨١)، تحفة الفقهاء (١/ ٤٢٥).

(٣) مذهب الشافعية: أنه إذا قتل القارن صيداً لزمه جزاء واحد، لنا أنه جني على عبادتين. لو انفرد كل واحد منهما أوجبت كفارة على حدة فإذا اجتمعتا وجب أن توجبا كفارتين. انظر: مختصر المزني ص (٧٢)، حلية العلماء (٣/ ٢٧٤)، المجموع (٧/ ٣٣١، ٤٣٧، ٤٤٠).

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، (٥/ ٦٧)، برقم (٨٩٥١).

(٥) في المخطوط: «وهي».

يُقالُ: أنْجدَ إذا دخل نَجْدَ، وأتْهَم إذا دخل تِهامةَ، وأعرَقَ إذا دخل العِراقَ وأحرم إذا دخل في الشهرِ الحرامِ، ومنه قولُ الشّاعِرِ في عثمانَ: رضي الله عنه:

قُتِلَ ابنُ عَفَّانَ الخليفةُ مُحْرِمًا ودَعا فلم أرَ مثلَه مخذولاً

الخليفةُ مُحْرِمًا، أي في الشهرِ الحرامِ. واللّفْظُ وإنْ كان مشتَرَكًا لكنّ المشترك في مَحَلِّ النَّفْيِ يَعُمُّ؛ لعَدَمِ التّنافي إلاَّ أنّ الدُّخولَ في الشهرِ الحرامِ ليس بمُرادٍ بالإجماعِ؛ لأنّ أخذَ الصّيْدِ في الأشهُرِ [١/ ٢٦٥ب] الحُرُمِ لم يكنْ محظورًا، ثمّ قد نُسِخَتِ الأشهُرُ الحُرُمُ، فبَقِيَ الدُّخولُ في الحرَمِ والإحرامِ مُرادًا بالآيتيْنِ إلاَّ ما خُصّ بدليلٍ و[هو] [١] قولُ النّبيِّ ﷺ «ألا إنّ مكّةَ حَرامٌ حَرَّمَها اللّه تعالى يومَ خَلَقَ السّمواتِ والأرضَ لم تَحِلَّ لأحدٍ قبلي ولا تَحِلُّ لأحدٍ بعدي، وإنّما أُحِلَّتْ لي ساعةً من نَهارٍ ثمّ عادتْ حَرامًا إلى يومِ القيامةِ لا يُختلى خَلاها ولا يُعضَدُ شَجَرُها ولا يُنَفَّرُ صَيدُها» [٢] والاستدلالُ به من وُجوهٍ:

أحدُها: قولُه (مكّةَ حَرامٌ).

والثّاني: قولُه (حَرَّمَها اللّه تعالى).

والثّالثُ: قولُه (ولا تَحِلُّ لأحدٍ بعدي).

والرّابِعُ: قولُه (ثمّ عادتْ حَرامًا إلى يومِ القيامةِ).

والخامِسُ: قولُه «لا يُختَلى خَلاها ولا يُعضَدُ شَجَرُها ولا يُنَفَّرُ صَيدُها» فإنْ قَتَلَ صَيْدَ الحرَمِ فعليه الجزاءُ مُحْرِمًا كان القاتلُ أو حَلالاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ﴾ [المائدة:٩٥] وجَزاؤُه ما هو جَزاءُ قاتلِ صَيْدِ الإحرامِ، وهو أنْ تجبَ عليه قيمَتُه فإنْ بَلَغَتْ هَدْيًا له أنْ يَشْتَرِيَ بها هَدْيًا أو طَعامًا إلاَّ أنّه لا يجوزُ الصّومُ هكذا ذُكِرَ في الأصلِ، وهكذا ذكر القاضي في شرحِه مختصَرِ الطّحاوِيِّ أنّ حكمَه حكمَ صَيْدِ الإحرام إلاَّ أنّه لا يجوزُ فيه الصّومُ. وذكر القُدوريُّ في شرحِه مختصَرِ الكَرْخيِّ أنّ الإطعامَ يُجْزِئُ في صَيْدِ الحرَمِ، ولا يُجْزِئُ الصّومُ عندَ أصحابِنا الثّلاثةِ [٣]، وعندَ زُفر يُجْزِئُ، وبه أخذ الشّافعيُّ [٤]

---

(١) زيادة من المخطوط. (٢) سبق تخريجه.

(٣) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ٩٧)، تبيين الحقائق (٢/ ٦٨)، الجوهرة النيرة (١/ ١٧٦)، البحر الرائق (٣/ ٤١)، مجمع الأنهر (١/ ٣٠٢)، رد المحتار (٢/ ٥٧٢).

(٤) في بيان مذهب الشافعية يقول النووي: «إذا قتل المحرم صيداً أو قتله الحلال في الحرم، فإن كان له مثل من النعم وجب فيه الجزاء بالإجماع، ومذهبنا أنه مخير بين ذبح المثل، والإطعام بقيمته والصيام عن كل مد

وفي الهدْيِ روايتانِ.

وجه قولِ زُفر الاعتِبارُ بصَيْدِ الإحرامِ؛ لأنّ كُلَّ واحِدٍ من الضّمانَيْنِ يجبُ حَقًّا للّه تعالى، ثمّ يُجْزِئُ الصّومُ في أحدِهِما كذا في الآخَرِ.

(ولَنا): الفرقُ بين الصّيْدَيْنِ والضّمانَيْنِ، وهو أنّ ضَمانَ صَيْدِ الإحرامِ وجب لمعنًى يرجعُ إلى الفاعِلِ؛ لأنّه وجب جَزاءً على جِنايَتِه على الإحرامِ فأمّا ضَمانُ صَيْدِ الحرَمِ فإنّما وجب لمعنًى يرجعُ إلى المحِلِّ، وهو تفويتُ أمنِ الحرَمِ [و] [1] رِعايةٌ لحُرْمةِ الحرَمِ، فكان بمنزِلةِ ضَمانِ سائرِ الأموالِ، وضَمانُ سائرِ الأموالِ لا يدخلُ فيه الصّومُ كذا هذا.

وأمّا الهدْيُ فوجه روايةِ عَدَمِ الجوازِ ما ذكرنا أنّ هذا الضّمانَ يُشْبِه ضَمانَ سائرِ الأموالِ؛ لأنّ وُجوبَه لمعنًى في المحِلِّ، فلا يجوزُ فيه الهدْيُ كما لا يجوزُ في سائرِ الأموالِ إلاّ أنْ تكونَ قيمَتُه مَذْبوحًا مثلَ قيمةِ الصّيْدِ، فيُجْزِئُ عن الطّعامِ.

وجه روايةِ الجوازِ أنّ ضَمانَ صَيْدِ الحرَمِ له شَبَهٌ بأصلينِ: ضَمانِ الأموالِ وضَمانِ الأفعالِ.

أمّا شَبَهُه بضَمانِ الأموالِ فلِما ذكرنا.

وأمّا شَبَهُه بضَمانِ الأفعالِ وهو ضَمانُ الإحرامِ فلأنّه يجبُ حَقًّا للّه تعالى فيُعملُ بالشّبَهينِ، فنقول: إنّه لا يدخلُ فيه الصّومُ اعتِبارًا لشَبَه الأموالِ، ويدخلُ فيه الهدْيُ اعتِبارًا لشَبَه الأفعالِ وهو الإحرامُ عَمَلاً بالشّبَهينِ بالقدرِ المُمْكِنِ إذْ لا يُمْكِنُ القولُ بالعكْسِ؛ ولأنّ الهدْيَ مالٌ فكان بمنزِلةِ الإطعامِ، والصّومُ ليس بمالٍ ولا فيه معنى المالِ فافتَرَقا ولو قَتَلَ المُحْرِمُ صَيْدًا في الحرَمِ فعليه ما على المُحْرِمِ إذا قَتَلَ صَيْدًا في الحِلِّ، وليس عليه لأجلِ الحرَمِ شيءٌ، وهذا استحسانٌ.

والقياسُ أنْ يلزَمَه كفّارَتانِ؛ لوُجودِ الجِنايةِ على شيئَيْنِ وهما: الإحرامُ والحرَمُ فأشبَهَ القارِنَ إلاّ أنّهم استحسَنوا وأوجَبوا كفّارةَ الإحرامِ لا غيرَ؛ لأنّ حُرْمةَ الإحرامِ أقوى من

يوماً. وبه قال مالك وأحمد في أصح الروايتين عنه وداود، إلا أن مالكاً قال: يُقَوَّم الصيد ولا يقوم المثل». انظر المجموع (٧/ ٤٣٩)، الأم (٢/ ٢٠٣)، أسنى المطالب (١/ ٥١٧)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ١٨١)، تحفة المحتاج (٤/ ١٩٧)، حاشية الجمل (٢/ ٥٣٦)، التجريد لنفع العبيد (٢/ ١٥٧).

(١) ليست في المخطوط.

حُرْمةِ الحرَمِ فاستَتْبَعَ الأقوَى الأضعَفُ، وبيانُ أنّ حُرْمةَ الإحرامِ أقوَى من وُجوهٍ:

احدُها: أنّ حُرْمةَ الإحرامِ ظهر أثرُها في الحرَمِ والحِلِّ جميعًا، حتّى حَرُمَ على المُحْرِمِ الصّيْدُ في الحرَمِ والحِلِّ جميعًا، وحُرْمةُ (الإحرامِ لا يظهرُ أثرُها) [1] إلاّ في الحرَمِ حتّى يُباحَ للحَلالِ الاصْطِيادُ لصَيْدِ الحرَمِ إذا خرج إلى الحِلِّ.

والثاني: أنّ الإحرامَ يُحَرِّمُ الصّيْدَ وغيرَه مِمَّا ذكرنا من محظوراتِ الإحرامِ، والحرَمُ لا يُحَرِّمُ إلاّ الصّيْدَ وما يحتاجُ إليه الصّيْدُ من الخلى والشّجرِ.

والثالث: أنّ حُرْمةَ الإحرامِ تُلازِمُ حُرْمةَ الحرَمِ وُجودًا؛ لأنّ المُحْرِمَ يدخلُ الحرم لا مَحالةَ، وحُرْمةُ الحرَمِ لا تُلازِمُ حُرْمةَ الإحرامِ وُجودًا، فثبت أنّ حُرْمةَ الإحرامِ أقوَى فاستَتْبَعَتِ الأدنَى بخلافِ القارِنِ؛ لأنّ ثَمَّةَ كُلٌّ واحِدةٍ من الحُرْمَتَيْنِ أعنَى حُرْمةَ إحرامِ الحجِّ وحُرْمةَ إحرامِ العُمْرةِ أصلٌ.

ألا ترى أنّه يُحَرِّمُ إحرامُ العُمْرةِ ما يُحَرِّمُه إحرامُ الحجِّ فكان كُلُّ واحِدةٍ منهما أصلاً بنفسِها فلا تستَتْبِعُ إحداهما صاحِبَتَها. ولو اشترك حَلالانِ في قَتْلِ صَيْدٍ في الحرَمِ فعلى كُلِّ واحِدٍ منهما نصفُ قيمَتِه، فإنْ كانوا أكثرَ من ذلك يُقْسَمُ الضّمانُ بين عَدَدِهم؛ لأنّ ضَمانَ صَيْدِ الحرَمِ يجبُ لمعنًى في المحِلِّ وهو حُرْمةُ الحرَمِ، فلا يتعَدَّدُ بتَعَدُّدِ الفاعِلِ كضَمانِ سائرِ الأموالِ بخلافِ ضَمانِ صَيْدِ الإحرامِ، فإنِ اشترك مُحْرِمٌ وحَلالٌ فعلى المُحْرِمِ جميعُ القيمةِ [١/ ٢٦٦أ] وعلى الحلالِ النّصفُ؛ لأنّ الواجبَ على المُحْرِمِ ضَمانُ الإحرامِ لما بيّنّا، وذلك لا يتجزَّأُ، والواجبُ على الحلالِ ضَمانُ المحِلِّ وأنّه مُتَجَزِّئٌ.. وسَواءٌ كان شَريكُ الحلالِ مِمَّنْ يجبُ عليه الجزاءُ أو لا يجبُ كالكافرِ والصّبيِّ أنّه يجبُ على الحلالِ بقدرِ ما يَخُصُّه من القيمةِ؛ لأنّ الواجبَ بفعلِه ضَمانُ المحِلِّ فيستَوِي في حَقِّه الشّريكُ الذي يكونُ من أهلِ وُجوبِ الجزاءِ ومَنْ لا يكونُ من أهلِه.

فإنْ قَتَلَ حَلالٌ وقارَنَ صَيْدًا في الحرَمِ، فعلى الحلالِ نصفُ الجزاءِ، وعلى القارِنِ جَزاءَانِ؛ لأنّ الواجبَ على الحلالِ ضَمانُ المحِلِّ، والواجبُ على المُحْرِمِ جَزاءُ الجِنايةِ، والقارِنُ جَنَى على إحرامَيْنِ فيلزَمُه جزاءَانِ.

---

(١) في المخطوط: «الحرم لا يظهرها».

ولو اشترك حَلالٌ ومُفرِدٌ وقارِنٌ في قَتْلِ صَيْدٍ فعلى الحلالِ ثُلُثُ الجزاءِ وعلى المُفْرِدِ جَزاءٌ كامِلٌ وعلى القارِنِ جَزاءَانِ؛ لما قلنا.

وإنْ صادَ حَلالٌ صَيْدًا في الحرَمِ فقَتَلَه في يَدِه حَلالٌ آخَرُ فعلى الذي كان في يَدِه جَزاءٌ كامِلٌ، وعلى القاتلِ جَزاءٌ كامِلٌ، أمَّا القاتلُ فلا شَكَّ فيه؛ لأنّه أتلَفَ صَيْدًا في الحرَمِ حقيقةً، وأمَّا الصّائدُ فلأنّ الضّمانَ قد وجب عليه باصْطيادِه وهو أخذُه لتفوِيتِه الأمنَ عليه بالأخذِ، وأنّه سببٌ لوُجوبِ الضّمانِ إلاَّ أنّه يسقُطُ بالإرسالِ وقد تَعَذَّرَ الإرسالُ بالقتْلِ، فتقَرَّرَ تفوِيتُ الأمنِ فصار كأنّه ماتَ في يَدِه، وهذا بخلافِ المغصُوبِ إذا أتلَفَه إنسانٌ في يَدِ الغاصِبِ أنّه لا يجبُ إلاَّ ضَمانٌ واحِدٌ يُطالِبُ المالِكُ أيّهما شاء؛ لأنّ ضَمانَ الغصْبِ ضَمانُ المحِلِّ وليس فيه معنى الجزاءِ؛ لأنّه يجبُ حَقًّا للمالِكِ، والمحِلُّ الواحِدُ لا يُقابِلُه إلاَّ ضَمانٌ واحِدٌ، وضَمانُ صَيْدِ الحرَمِ - وإنْ كان ضَمانَ المحِلِّ - لكنْ فيه معنى الجزاءِ؛ لأنّه يجبُ حَقًّا للَّه تعالى فجاز أنْ يجبَ على القاتلِ والآخِذِ. وللآخِذِ أنْ يرجعَ على القاتلِ بالضّمانِ.

أمَّا على أصلِ أبي حنيفةَ فلا يُشكِلُ؛ لأنّه يرجعُ عليه في صَيْدِ الإحرامِ عندَه فكذا في صَيْدِ الحرَمِ، والجامعُ أنّ القاتلَ فوّتَ على الآخِذِ ضَمانًا كان يقدِرُ على إسقاطِه بالإرسالِ. وأمَّا على أصلِهِما فيحتاجُ إلى الفرقِ بين صَيْدِ الحرَمِ والإحرامِ؛ لأنّهما قالا في صَيْدِ الإحرامِ: إنّه لا يرجعُ.

ووجه الفرقِ أنّ الواجبَ في صَيْدِ الحرَمِ ضَمانٌ، يجبُ لمعنًى يرجعُ إلى المحِلِّ، وضَمانُ المحِلِّ يحتَمِلُ الرّجوعَ كما في الغصْبِ، والواجبُ في صَيْدِ الإحرامِ جَزاءُ فعلِه لا بَدَلُ المحِلِّ ألا ترى أنّه لا يملِكُ الصّيْدَ بالضّمانِ وإذا كان جَزاءُ فعلِه لا يرجعُ به على غيرِه.

ولو دَلَّ حَلالٌ حَلالاً على صَيْدِ الحرَمِ أو دَلَّ مُحرِمًا، فلا شيءَ على الدّالِّ في قولِ أصحابِنا الثّلاثةِ وقد أساءَ وأثِمَ، وقال زُفَرُ: على الدّالِّ الجزاءُ، ورُوِيَ عن أبي يوسفَ مثلُ قولِ زُفر، وعلى هذا الاختِلافِ الآمِرُ والمُشيرُ.

وجه قولِ زُفر اعتِبارُ الحرَمِ بالإحرامِ، وهو اعتِبارٌ صحيحٌ، لأنّ كُلَّ واحِدٍ منهما سببٌ لحُرْمةِ الاصْطيادِ، ثمّ الدّلالةُ في الإحرامِ توجِبُ الجزاءَ كذا في الحرَمِ.

(ولَنا): الفرقُ بينهما وهو أنّ ضَمانَ صَيْدِ الحرَمِ يَجْري مجرى ضَمانِ الأموالِ؛ لأنّه يجبُ لمعنًى يرجعُ إلى المحِلِّ وهو حُرْمةُ الحرَمِ لا لمعنًى يرجعُ إلى القاتلِ، والأموالُ لا تُضْمَنُ بالدّلالةِ من غيرِ عَقْدٍ، وإنّما صار مُسيئًا آثِمًا لكونِ الدّلالةِ والإشارةِ والأمرِ حَرامًا؛ لأنّه من بابِ المُعاوَنةِ على الإثمِ والعُدْوانِ. وقد قال اللّه تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ [المائدة:٢]، ولو أدخلَ صَيْدًا من الحِلِّ إلى الحرَمِ وجب إرسالُه، وإنْ ذَبَحه فعليه الجزاءُ، ولا يجوزُ بَيْعُه[(١)] وقال الشّافعيُّ: يجوزُ بَيْعُه[(٢)].

وجه قولِه أنّ الصّيْدَ كان مِلْكَه في الحِلِّ، وإدخالُه في الحرَمِ لا يوجِبُ زَوالَ مِلْكِه، فكان مِلْكُه قائمًا فكان مَحلًّا للبيْعِ.

(ولَنا): أنّه لَمّا حَصَلَ الصّيْدُ في الحرَمِ وجب تركُ التّعَرُّضِ له رِعايةً لحُرْمةِ الحرَمِ كما لو أحرم والصّيْدُ في يَدِه، وذكر محمّدٌ في الأصلِ وقال: لا خَيْرَ فيما يترَخَّصُ به أهلُ مكّةَ من الحجَلِ واليعاقيبِ[(٣)] ولا يدخلُ شيءٌ منه في الحرَمِ حَيًّا، لما ذكرنا أنّ الصّيْدَ إذا حَصَلَ في الحرَمِ وجب إظهارُ حُرْمةِ الحرَمِ بتركِ التّعَرُّضِ له بالإرسالِ، فإنْ قِيلَ: إنّ أهلَ مكّةَ يَبيعونَ الحجَلَ واليعاقيبَ، وهي كُلُّ ذَكَرٍ وأُنْثَى من القبَجِ من غيرِ نكيرٍ ولو [كان][(٤)] حَرامًا لَظهر النّكيرُ عليهم.

فالجوابُ: إنّ تركَ النّكيرِ عليهم ليس لكونِه حَلالاً بل لكونِه مَحِلَّ الاجتِهادِ، فإنّ المسألةَ مختلِفةٌ بين عثمانَ وعَليٍّ رضي الله عنهما، والإنْكارُ لا يلزَمُ في مَحِلِّ الاجتِهادِ إذا كان الاختِلافُ في الفُروعِ.

وأمّا وُجوبُ الجزاءِ بذَبْحِه؛ فلأنّه ذَبَحَ صَيْدًا مُستَحِقَّ الإرسالِ، وأمّا فسادُ البيْعِ فلأنّ إرسالَه واجبٌ [١/ ٢٦٦ب]، والبيْعُ تركُ الإرسالِ.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤٥٢)، المبسوط (٤/ ٩٨)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٩٨)، البناية مع الهداية (٤/ ٣٥٠، ٣٥١).

(٢) مذهب الشافعية: أنه يجوز له ذبحه والتصرف فيه. انظر: المجموع شرح المهذب (٧/ ٤٤١، ٤٤٢، ٤٩١ - ٤٩٤).

(٣) اليعاقيب: ذكور القبج، واحدها يعقوب. وهو الكروان. والحجل: إناثها. انظر الغريب لابن قتيبة (٢/ ٧٧، ٢٥٥)، لسان العرب (٢/ ٣٥١).

(٤) زيادة من المخطوط.

ولو باعَه يجبُ عليه فسخُ البيْعِ واستِرْدادُ المبيعَ؛ لأنّه بَيْعٌ فاسِدٌ، والبيْعُ الفاسِدُ مُستَحِقُّ الفسخِ حَقًّا للشَّرْعِ، فإنْ كان لا يقدِرُ على فسخِ البيْعِ واستِرْدادِ المبيعِ فعليه الجزاءُ؛ لأنّه وجب عليه إرسالُه، فإذا باعَه وتَعَذَّرَ عليه فسخُ البيْعِ واستِرْدادُ المبيعِ، فكأنّه أتلفَه فيجبُ عليه الضّمانُ.

وكذلك إنْ أدخَلَ صَقْرًا أو بازيًا فعليه إرسالُه لما ذكرنا في سائرِ الصُّيودِ، فإنْ أرسَلَه فجعل يقتُلُ حَمامَ الحرَمِ لم يكنْ عليه في ذلك شيءٌ؛ لأنّ الواجبَ عليه الإرسالُ، وقد أرسَلَ، فلا يلزَمُه شيءٌ بعدَ ذلك كما لو أرسَلَه في الحِلِّ ثمّ دخل الحرم فجعل يقتُلُ صَيْدَ الحرَمِ.

ولو أرسَلَ كلبًا في الحِلِّ على صَيْدٍ في الحِلِّ فاتَّبعَه الكلْبُ، فأخذه في الحرَمِ فقتَلَه فلا شيءَ على المُرْسِلِ، ولا يُؤْكَلُ الصّيْدُ.

أمّا عَدَمُ وُجوبِ الجزاءِ فلأنّ العِبْرَةَ في وُجوبِ الضّمانِ بحالةِ الإرسالِ، إذِ الإرسالُ هو السّبَبُ الموجِبُ للضّمانِ، والإرسالُ وقَعَ مُباحًا لوُجودِه في الحِلِّ فلا يتعَلَّقُ به الضّمانُ.

وأمّا حُرْمةُ أكلِ الصّيْدِ؛ فلأنّ فعلَ الكلْبِ ذَبْحٌ للصّيْدِ، وأنّه حَصَلَ في الحرَمِ فلا يَحِلُّ أكلُه كما لو ذَبَحَه آدَميٌّ إذْ فعلُ الكلْبِ لا يكونُ أعلى من فعل الآدَميِّ.

ولو رمى صَيْدًا في الحِلِّ فنفر الصّيْدُ فوقَعَ السّهْمُ به في الحرَمِ فعليه الجزاءُ، قال محمّدٌ في الأصلِ: وهو قولُ أبي حنيفةَ رحمه الله فيما أعلمُ وكان القياسُ فيه أنْ لا يجبَ عليه الجزاءُ كما لا يجبُ عليه في إرسالِ الكلْبِ؛ لأنّ كُلَّ واحِدٍ منهما مَأذونٌ فيه لحُصُولِه في الحِلِّ، والأخذُ والإصابةُ كُلُّ واحِدٍ منهما يُضافُ إلى المُرْسِلِ والرّامي وخاصّةً [١] على أصلِ أبي حنيفةَ رحمه الله تعالى فإنّه يُعتَبَرُ حالَ الرّمْيِ في المسائلِ حتّى قال فيمَنْ رمى إلى مسلمٍ فارتَدَّ المرميُّ إليه ثمّ أصابَه السّهْمُ مَثَلًا: إنّه تجبُ عليه الدِّيةُ اعتِبارًا بحالةِ الرّمْيِ إلاّ أنّهم استحسَنوا فأوجَبوا الجزاءَ في الرّمْيِ، ولم يوجِبوا في الإرسالِ؛ لأنّ الرّمْيَ هو المُؤَثِّرُ في الإصابةِ بمجرى العادةِ إذا لم يتخَلَّلْ بين الرّمْيِ والإصابةِ فعلٌ اختياريٌّ يقطَعُ نِسبةَ الأثرِ إليه شرعًا فبقيَتِ الإصابةُ مُضافةً إليه شرعًا في الأحكامِ، فصار كأنّه ابتَدَأ الرّمْيَ بعدَ ما حَصَلَ الصّيْدُ في الحرَمِ، وههنا قد تَخَلَّلَ بين الإرسالِ والأخذِ فعلُ فاعِلٍ مختارٍ

(١) في المخطوط: «خصوصًا».

وهو الكلْبُ فمَنَعَ إضافةَ الأخذِ إلى المُرْسِلِ وصار كما لو أرسَلَ بازيًا في الحرَمِ فأخذ حَمامَ الحرَمِ وقَتَلَه أنّه لا يَضْمَنُ لما قلنا كذا هذا.

ولو أرسَلَ كلبًا على ذِئْبٍ في الحرَمِ أو نَصَبَ له شَرَكًا فأصابَ الكلْبُ صَيْدًا أو وقَعَ في الشَّرَكِ صَيْدٌ فلا جَزاءَ عليه؛ لأنّ الإرسالَ على الذِّئْبِ، ونَصْبُ الشَّبَكةِ له مُباحٌ؛ لأنّ قَتْلَ الذِّئْبِ مُباحٌ في الحِلِّ والحرَمِ للمُحْرِمِ والحلالِ جميعًا؛ لكونِه من المُؤْذياتِ المُبْتَدِئةِ بالأذَى عادةً، فلم يكنْ مُتَعَدِّيًا في التَّسَبُّبِ [فيَضْمَنُ] (١).

ولو نَصَبَ شَبَكةً أو حَفر حَفيرةً في الحرَمِ للصَّيْدِ فأصابَ صَيْدًا فعليه جَزاؤه؛ لأنّه غيرُ مَأذونٍ في نَصْبِ الشَّبَكةِ والحفْرِ لصَيْدِ الحرَمِ فكان مُتَعَدِّيًا في التَّسَبُّبِ فيَضْمَنُ.

ولو نَصَبَ خَيْمةً فتعَقَّلَ به صَيْدٌ، أو حَفر للماءِ فوقَعَ فيه صَيْدُ الحرَمِ لا ضَمانَ عليه لأنّه غيرُ مُتَعَدٍّ في التَّسَبُّبِ.

وقالوا فيمَنْ أخرج ظَبْيةً من الحرَمِ فأدَّى جَزاءَها ثمّ ولَدَتْ ثمّ ماتَتْ وماتَ أولادُها: لا شيءَ عليه؛ لأنّه متى أدَّى جَزاءَها مَلَكَها فحَدَثَتِ الأولادُ على مِلْكِه.

ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ في رجلٍ أخرج صَيْدًا من الحرَمِ إلى الحِلِّ أنّ ذَبْحَه، والانتِفاعَ بلَحمِه ليس بحَرامٍ سَواءٌ كان أدَّى جَزاءَه أو لم يُؤَدِّ، غيرَ أنّي أكرَه هذا الصَّنيعَ، وأحَبُّ إلَيّ أنْ يتنَزَّهَ عن أكلِه، أمّا حِلُّ الذَّبْحِ فلأنّه صَيْدٌ حَلَّ في الحالِّ فلا يكونُ ذَبْحُه حَرامًا.

وأمّا كراهةُ هذا الصَّنيعِ فلأنّ الانتِفاعَ به يُؤَدِّي إلى استِئْصالِ صَيْدِ الحرَمِ؛ لأنّ كُلَّ مَنِ احتاجَ إلى شيءٍ من ذلك أخذه وأخرجه من الحرَمِ وذَبَحه وانتفَعَ بلَحمِه وأدَّى قيمَتَه، فإنِ انتفَعَ به فلا شيءَ عليه؛ لأنّ الضَّمانَ سببٌ لمِلْكِ المضْمونِ على أصلِنا، فإذا ضَمِنَ قيمَتَه فقد مَلَكَه فلا يَضْمَنُ بالانتِفاعِ به، وإنْ باعَه واستعانَ بثَمَنِه في جَزائه كان له ذلك لأنّ الكراهةَ في حَقِّ الأكلِ خاصّةً. وكذا إذا قَطَعَ شَجَرَ الحرَمِ حتّى ضَمِنَ قيمَتَه يُكْرَه له الانتِفاعُ به؛ لأنّ الانتِفاعَ به يُؤَدِّي إلى استِئْصالِ شَجَرِ الحرَمِ على ما بَيّنّا في الصَّيْدِ ولو اشتَراه إنسانٌ من القاطِعِ لا يُكْرَه له الانتِفاعُ به؛ لأنّه تَناوَلَه بعدَ انقِطاعِ النَّماءِ عنه واللَّه الموَفِّقُ.

---

(١) ليست في المخطوط.

فصل [في التعرض لنبات الحرم]

وأمَّا الذي يرجعُ إلى النّباتِ، فكُلُّ ما يَنْبُتُ بنفسِه مِمَّا لا يُنْبِتُه النّاسُ عادةً وهو رَطْبٌ، وجُمْلَةُ الكلام فيه أنّ نَباتَ الحرَمِ لا يخلو، إمَّا أنْ يكونَ مِمَّا لا يُنْبِتُه النّاسُ عادةً، وإمَّا أنْ يكونَ مِمَّا يُنْبِتُه النّاسُ [١/ ٢٦٧أ] عادةً. فإنْ كان مِمَّا لا يُنْبِتُه النّاسُ عادةً إذا نَبَتَ بنفسِه وهو رَطْبٌ فهو محظورُ القطْعِ والقلْعِ على المُحْرِمِ والحلالِ جميعًا نحوُ الحشيشِ الرّطْبِ والشّجَرِ الرّطْبِ إلاَّ ما فيه ضرورةٌ وهو الإذخِرُ فإنْ قَلَعَه إنسانٌ أو قَطَعَه فعليه قيمَتُه للَّه تعالى سَواءٌ كان مُحْرِمًا أو حَلالاً بعدَ أنْ كان مُخاطَبًا بالشّرائعِ، والأصلُ فيه قوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا ءَامِنًا﴾ [العنكبوت: ٦٧] أخبر اللَّه تعالى أنّه جعل الحرم آمِنًا مُطْلَقًا فيجبُ العملُ بإطلاقِه إلاَّ ما قُيِّدَ بدليلٍ.

وقولُ النّبيِّ ﷺ: «**ألا إنّ مكّةَ حَرامٌ حَرَّمَها اللَّه تعالى**» إلى قولِه «**لا يُختَلى خَلاها ولا يُعضَدُ شَجَرُها**»[١] نَهى عن اختِلاءِ كُلِّ خَلًى وعَضْدِ كُلِّ شَجَرٍ فيُجرى على عُمومِه إلاَّ ما خُصّ بدليلٍ وهو الإذخِرُ فإنّه رُوِيَ أنّ النّبيّ ﷺ لَمَّا ساقَ الحديثَ إلى قولِه: «**لا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها**» فقال العباس رضي الله عنه إلا الإذخر يا رسول الله فإنه متاع لأهل مكة لحيهم وميتهم فقال النبي ﷺ: «**إلا الإذخر**»، والمعنى فيه ما أشارَ إليه العبَّاسُ رضي الله عنه وهو حاجةُ أهلِ مكّةَ إلى ذلك في حَياتهم ومَماتِهم.

فإنْ قِيلَ: إنّ النّبيّ ﷺ نَهى عن اختِلاءِ خَلى مكّةَ عامًّا، فكيفَ استَثْنَى الإذخِرَ باستِثْناءِ العبَّاسِ؟ وكان ﷺ لا يَنْطِقُ عن الهوَى، وقد قِيلَ في الجوابِ عنه من وجهينِ:

(احدُهما): يُحْتَمَلُ أنّ النّبيّ ﷺ كان في قَلْبه هذا الاستِثْناءُ إلاَّ أنّ العبَّاسَ رضي الله عنه سبقَه به فأظهَرَ النّبيُّ ﷺ بلِسانِه ما كان في قَلْبه.

(والثاني): يُحْتَمَلُ أنّ اللَّهَ تعالى أمرَه أنْ يُخبِرَ بتحريمِ كُلِّ خَلى مكّةَ إلاَّ ما يستَثْنيه العبَّاسُ، وذلك غيرُ (مَمْنوعٍ)[٢].

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: لا يحل القتال بمكة، حديث (١٨٣٤)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: تحريم مكة وصيدها، حديث (١٣٥٣)، والنسائي (٢٨٧٤)، والبيهقي في السنن (٥/ ١٩٥)، (٩٧٢٤)، من حديث ابن عباس.
(٢) في المخطوط: «ممتنع».

ويُحْتَمَلُ وجهًا ثالثًا: وهو أنّ النّبيّ ﷺ عَمَّ القضيّةَ بتحريمِ كُلِّ خَلًى فسأله العبّاسُ الرّخصةَ في الإذخِرِ لحاجةِ أهلِ مكّةَ ترفيهًا بهم، فجاءه جبريلُ عليه السلام بالرّخصةِ في الإذخِرِ فقال النّبيُّ: ﷺ «إلاَّ الإذخِرَ».

فإنْ قِيلَ: من شرطِ صِحّةِ الاستِثْناءِ والتِحاقِه بالكلامِ الأوّلِ أنْ يكونَ مُتَّصِلاً به ذِكْرًا، وهذا مُنْفَصِلٌ؛ لأنّه ذُكِرَ بعدَ انقِطاعِ الكلامِ الأوّلِ، وبعدَ سُؤالِ العبّاسِ رضي الله عنه الاستِثْناءَ بقولِه: إلاَّ الإذخِرَ، والاستِثْناءُ المُنْفَصِلُ لا يَصِحُّ ولا يلحَقُ المُستَثْنَى منه.

فالجوابُ: أنّ هذا ليس باستِثْناءٍ حقيقةً وإنْ كانتْ صيغَتُه صيغةَ الاستِثْناءِ بل هو إمّا تخصيصٌ، والتّخصيصُ المُتَراخي عن العامِّ جائزٌ عندَ مشايِخِنا وهو النّسخُ، والنّسخُ قبلَ التّمَكُّنِ من الفعلِ بعدَ التّمَكُّنِ من الاعتِقادِ جائزٌ عندَنا، واللّه الموَفِّقُ.

وإنّما يستَوِي فيه المُحْرِمُ والحلالُ؛ لأنّه لا فصلَ في النُّصُوصِ المُقْتَضيةِ للأمنِ؛ ولأنّ حُرْمةَ التّعَرُّضِ لأجلِ الحرَمِ [1]، فيستَوِي فيه المُحْرِمُ والحلالُ، وإذا وجب عليه قيمَتُه فسبيلُها سبيلُ جَزاءِ صَيْدِ الحرَمِ أنّه إنْ شاء اشترى بها طَعامًا يتصَدَّقُ به على الفُقَراءِ على كُلِّ فقيرٍ نصفُ صاعٍ من بُرٍّ، وإنْ شاء اشترى بها هَدْيًا إنْ بَلَغَتْ قيمَتُه هَدْيًا على روايةِ الأصلِ والطّحاوِيِّ فيَذْبَحُ في الحرَمِ، ولا يجوزُ فيه الصّومُ عندَنا خلافًا لزُفر على ما مرَّ في صَيْدِ الحرَمِ.

وإذا أدّى قيمَتَه يُكْرَه له الانتِفاعُ بالمقْلوعِ والمقطوعِ؛ لأنّه وصل إليه بسببٍ خَبيثٍ، ولأنّ الانتِفاعَ به يُؤَدِّي إلى استِئْصالِ نَباتِ الحرَمِ؛ لأنّه إذا احتاجَ إلى شيءٍ من ذلك يقلَعُ ويقطَعُ ويُؤَدِّي قيمَتَه على ما ذكرنا في الصّيْدِ، فإنْ باعَه يجوزُ ويتصَدَّقُ بثَمَنِه؛ لأنّه ثَمَنُ مَبيعٍ حَصَلَ بسببٍ خَبيثٍ، ولا بَأسَ بقَلْعِ الشّجَرِ اليابِسِ والانتِفاعِ به. وكذا الحشيشُ اليابِسُ؛ لأنّه قد ماتَ وخرج عن حَدِّ النُّموِّ، ولا يجوزُ رَعيُ حَشيشِ الحرَمِ في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ. وقال أبو يوسفَ: لا بَأسَ بالرّعيِ.

(وجه قولِه): إنّ الهدايا تُحمَلُ إلى الحرَمِ ولا يُمْكِنُ حِفْظُها من الرّعيِ، فكان فيه ضرورةٌ.

---

(١) في المخطوط: «الأمن».

ولهما أنّه لَمَّا مُنِعَ من التّعَرُّضِ لحَشيشِ الحرَمِ استوى فيه التّعَرُّضُ بنفسِه وبإرسالِ البهيمةِ [عليه] (١)؛ لأنّ فعلَ البهيمةِ مُضافٌ إليه كما في الصّيْدِ، فإنّه لَمَّا حَرُمَ عليه التّعَرُّضُ لصَيْدِه استوى فيه اصْطيادُه بنفسِه. وبإرسالِ الكلْبِ كذا هذا.

وَإنْ كان مِمَّا يُنْبِتُه النّاسُ عادةً من الزُّروعِ والأشجارِ التي يُنْبِتونَها فلا بَأسَ بقَطْعِه وقَلْعِه؛ لإجماعِ الأُمَّةِ على ذلك، فإنّ النّاسَ من لَدُنْ رسولِ اللّه ﷺ إلى يومِنا هذا يزرَعونَ في الحرَمِ ويحصُدونَه من غيرِ نكيرٍ من أحدٍ.

وكذا ما لا يُنْبِتُه [النّاسُ] (٢) عادةً إذا أنْبَتَه أحدٌ (٣)، مثلُ شَجَرةِ أُمِّ غَيْلانَ وشَجَرِ الأراكِ ونحوُهما، فلا بَأسَ بقَطْعِه، وإذا قَطَعَه فلا ضَمانَ عليه؛ لأجلِ الحرَمِ؛ لأنّه مَلَكه بالإنْباتِ فلم يكنْ من شَجَرِ الحرَمِ فصار كالذي يُنْبِتُه النّاسُ عادةً.

شَجَرةٌ أصلُها في الحرَمِ وأغْصانُها في الحِلِّ فهي من شَجَرِ الحرَمِ، وإنْ كان أصلُها في الحِلِّ وأغْصانُها في الحرَمِ فهي من شَجَرِ الحِلِّ يُنْظَرُ في ذلك إلى الأصلِ لا [١/ ٢٦٧ب] إلى الأغْصانِ لأنّ الأغْصانَ تابِعةٌ للأصلِ فيُعتَبَرُ فيه موضِعُ الأصلِ لا التّابعَ.

وإنْ كان بعضُ أصلِها في الحرَمِ والبعضُ في الحِلِّ فهي من شَجَرِ الحرَمِ؛ لأنّه اجتمع فيه الحظْرُ والإباحةُ فيُرَجَّحُ الحاظِرُ احتياطًا، وهذا بخلافِ الصّيْدِ فإنّ المُعتَبَرَ فيه موضِعُ قَوائمِ الطّيْرِ إذا كان مُستقرًّا به، فإنْ كان الطّيْرُ على غُصْنٍ هو في الحرَمِ لا يجوزُ له أنْ يَرْميَه، وإنْ كان أصلُ الشّجَرِ في الحِلِّ، وإنْ كان على غُصْنٍ هو في الحِلِّ فلا بَأسَ له أنْ يَرْميَه.

وإنْ كان أصلُ الشّجَرِ في الحرَمِ يُنْظَرُ إلى مكانِ قَوائمِ الصّيْدِ لا إلى أصلِ الشّجَرِ؛ لأنّ قِوامَ الصّيْدِ بقَوائمِه حتّى لو رمى صَيْدًا قَوائمُه في الحرَمِ ورأسُه في الحِلِّ فهو من صَيْدِ الحرَمِ لا يجوزُ للمُحْرِمِ والحلالِ أنْ يقتُلَه.

ولو رمى صَيْدًا قَوائمُه في الحِلِّ ورأسُه في الحرَمِ فهو من صَيْدِ الحِلِّ، ولا بَأسَ للحَلالِ أنْ يقتُلَه.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «واحد».

وكذا إذا كان بعضُ قَوائمِه في الحرَمِ وبعضُها في الحِلِّ فهو صَيْدُ الحرَمِ ترجيحًا لجانِبِ الحُرْمةِ احتياطًا هذا إذا كان قائمًا . فأمَّا إذا نامَ فجعل قَوائمَه في الحِلِّ ورأسَه في الحرَمِ فهو من صَيْدِ الحرَمِ ؛ لأنّ القوائمَ إنّما تُعتَبَرُ إذا كان مُستقرًّا بها وهو غيرُ مُستقرٍّ بقَوائمِه بل هو كالمُلْقَى على الأرضِ ، وإذا بَطَلَ اعتِبارُ القوائمِ فاجتمع فيه الحاظِرُ والمُبيحُ فيترَجَّحُ جانِبُ الحاظِرِ احتياطًا ، ولا بَأسَ بأخذِ كَمْأَةَ الحرَمِ ؛ لأنّ الكَمْأَةَ ليستْ من جِنْسِ النّباتِ بل هي من ودائعِ الأرضِ .

وقد قال ابو حنيفة - رحمه الله -: لا بَأسَ بإخراجِ حِجارةِ الحرَمِ وتُرابه إلى الحِلِّ ؛ لأنّ النّاسَ يُخرجونَ القُدورَ من مكّةَ من لَدُنْ رسولِ اللّه ﷺ إلى يومِنا هذا من غيرِ نكيرٍ ، ولأنّه يجوزُ استِهْلاكُه باستِعمالِه في الحرَمِ ، فيجوزُ إخراجُه إلى الحِلِّ .

وعن ابنِ عبّاسٍ وابنِ عمرَ رضي الله عنهما كراهةُ ذلك بقولِه عَزَّ وجَلَّ : ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا ءَامِنًا﴾ [العنكبوت :٦٧] جعل [اللّه تعالى] [1] نفسَ الحرَمِ آمِنًا ؛ ولأنّ الحرم لَمّا أفادَ الأمنَ لغيرِه فلأَنْ يُفيدَ لنفسِه أولى ، ثمّ إنّما يجبُ على المُحْرِمِ اجتِنابُ محظوراتِ الإحرامِ والحرَمِ ، وتَثْبُتُ أحكامُها إذا فعل إذا كان مُخاطَبًا بالشّرائعِ . فأمّا إذا لم يكنْ [مُخاطَبًا] [2] كالصّبيِّ العاقِلِ لا يجبُ ولا يَثْبُتُ حتّى لو فعل شيئًا من محظوراتِ الإحرامِ والحرَمِ فلا شيءَ عليه ولا على وليِّه ؛ لأنّ الحُرْمةَ بسببِ الإحرامِ ، والحرَمُ يُثْبِتُ حَقًّا للّه تعالى ، والصّبيُّ غيرُ مُؤَاخَذٍ بحُقوقِ اللّه تعالى . ولكنْ ينبغي للوَليِّ أنْ يُجنِّبَه ما يَجْتَنِبُه المُحْرِمُ تَأدُّبًا وتَعوُّدًا كما يَأمُرُه بالصّلاةِ .

وَأمّا العبدُ إذا أحرم بإذنِ مولاه فإنّه يجبُ عليه الاجتِنابُ ؛ لأنّه من أهلِ الخطابِ ، فإنْ فعل شيئًا من المحظوراتِ فإنْ كان مِمّا يجوزُ فيه الصّومُ يَصُومُ ، وإنْ كان مِمّا لا يجوزُ فيه إلاّ الفِدْيةُ [3] أو الإطعامُ لا يجبُ عليه ذلك في الحالِ ، وإنّما يجبُ بعدَ العِتْقِ ولو فعل في حالِ الرِّقِّ لا يجوزُ ؛ لأنّه لا مِلْكَ له . وكذا لو فعل عنه مولاه أو غيرُه ؛ لأنّه ليس من أهلِ المِلْكِ فلا يملِكُ ، وإنْ مَلَكَ .

---

(١) ليست في المخطوط .
(٢) ليست في المخطوط .
(٣) في المخطوط : «الدم» .

وَإذا فرَغْنا من فُصُولِ الإحرامِ وما يَتَّصِلُ به فلْنَرْجِع إلى ما كُنّا فيه، وهو بيانُ شَرائطِ الأركانِ، وقد ذكرنا جُمْلةً منها.

فمنها: الإسلامُ.

ومنها: العقلُ.

ومنها: النِّيّةُ.

ومنها: الإحرامُ، وقد ذكرناه بجميعِ فُصُولِه وعَلائقِه وما اتَّصَلَ به.

ومنها: الوقتُ: فلا يجوزُ الوُقوفُ بعَرَفةَ قبلَ يومِ عَرَفةَ، ولا طَوافُ الزِّيارةِ قبلَ يومِ النّحْرِ، ولا أداءُ شيءٍ من أفعالِ الحجِّ قبلَ وقتِه؛ لأنّ الحجَّ عِبادةٌ مُوَقَّتةٌ، قال اللّه تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌۚ﴾ [البقرة:١٩٧] والعِباداتُ المُؤَقّتةُ لا يجوزُ أداؤُها قبلَ أوقاتها كالصّلاةِ والصّومِ. وكذا إذا فاتَ الوُقوفُ بعَرَفةَ عن وقتِه الذي ذكرناه فيما تقَدَّمَ لا يجوزُ الوُقوفُ في (يومٍ آخَرَ)(١)، ويفوتُ الحجُّ في تلك السّنةِ إلاَّ لضرورةِ الاشتِباه استحسانًا بأنِ اشتَبَهَ عليهم هلالُ ذي الحِجَّةِ فوَقَفوا ثمّ تُبُيِّنَ أنّهم وقَفوا يومَ النّحْرِ على ما ذكرنا فيما تقَدَّمَ.

وأمّا طَوافُ الزِّيارةِ إذا فاتَ عن أيّامِ النّحْرِ فإنّه يجوزُ في غيرِها لكنْ يلزَمُه [الدّمُ](٢) في قولِ أبي حنيفةَ بالتّأخيرِ على ما مرَّ، وأشهُرُ الحجِّ شوّالٌ وذو القعدةِ وعَشْرٌ من ذي الحِجّةِ كذا رُوِيَ عن جَماعةٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم منهم: عبدُ اللّه بنُ عبّاسٍ وعبدُ اللّه بنُ عمرَ وعبدُ اللّه بنُ الزُّبَيْرِ رضي الله عنهم، وكذا رُوِيَ عن جَماعةٍ من التّابِعينَ مثلُ الشّعبيِّ ومُجاهِدٍ وإبراهيمَ، وينبني أيضًا على معرفةِ أشهُرِ الحجِّ الإحرامُ بالحجِّ قبلَ أشهُرِ الحجِّ وقد ذكرنا الاختِلافَ فيه فيما تقَدَّمَ.

وَمنها: إذا أمِنَ عليه بنفسِه حالَ قُدْرَتِه على الأداءِ بنفسِه، فلا يجوزُ استِنابةُ غيرِه مع قُدْرَتِه على الحجِّ بنفسِه. وجُمْلةُ الكلامِ فيه أنّ العِباداتِ في الشّرعِ أنواعٌ ثلاثةٌ: ماليّةٌ محضةٌ: كالزّكاةِ والصّدَقاتِ والكفّاراتِ [١/ ٢٦٨أ] والعُشورِ، وبَدَنيّةٌ محضةٌ: كالصّلاةِ والصّومِ والجِهادِ، ومشتَمِلةٌ على البدنِ والمالِ: كالحجِّ.

فالماليّةُ المحضةُ: تجوزُ فيها النِّيابةُ على الإطلاقِ وسَواءٌ كان مَنْ عليه قادِرًا على الأداءِ

---

(١) في المخطوط: «آخر يوم».

(٢) ليست في المخطوط.

بنفسِه أو لا؛ لأنّ الواجبَ فيها إخراجُ المالِ وأنّه يحصُلُ بفعلِ النّائبِ، والبدنيّةُ المحضةُ لا تجوزُ فيها النّيابةُ على الإطلاقِ لقولِه عزّ وجلّ: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾ [النجم:٣٩] إلاّ ما خُصّ بدليلٍ. وقولُ النّبيِّ ﷺ: «لا يَصُومُ أحدٌ عن أحدٍ ولا يُصلّي أحدٌ عن أحدٍ»(١) أي: في حَقِّ الخروجِ عن العُهْدةِ لا في حَقِّ الثّوابِ، فإنّ مَنْ صامَ أو صلّى أو تَصدّقَ وجعل ثَوابَه لغيرِه من الأمواتِ أو الأحياءِ جاز، ويَصِلُ ثَوابُها إليهم عندَ أهلِ السّنّةِ والجماعةِ، وقد صَحّ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه ضَحّى بكَبْشينِ أملَحَيْنِ: أحدُهما: عن نفسِه، والآخَرُ: عن أُمّتِه مِمّنْ آمَنَ بوَحْدانيّةِ اللّه تعالى وبِرِسالَتِه ﷺ(٢).

ورُوِيَ أنّ سَعدَ بنَ أبي وقّاصٍ رضي الله عنه سأل رسولَ اللّه ﷺ فقال: يا رسولَ اللّه إنّ أُمّي كانتْ تُحِبُّ الصّدَقةَ أفأتَصدّقُ عنها؟ فقال النّبيُّ ﷺ: «تَصدّقْ»(٣) وعليه عَمَلُ المسلمينَ من لَدُنْ رسولِ اللّه ﷺ إلى يومِنا هذا من زيارةِ القُبورِ وقراءةِ القرآنِ عليها والتّكفينِ والصّدَقات والصّومِ والصّلاةِ وجَعلِ ثَوابِها للأمواتِ، ولا امتِناعَ في العقلِ أيضًا لأنّ إعطاءَ الثّوابِ من اللّه تعالى إفضالٌ منه لا استحقاقٌ عليه، فلَه أنْ يتفضّلَ على مَنْ عَمِلَ لأجلِه بجَعلِ الثّوابِ له كما له أنْ يتفضّلَ بإعطاءِ الثّوابِ من غيرِ عَمَلٍ رأسًا.

وأمّا المشتَمِلةُ على البدنِ والمالِ - وهي الحجُّ - فلا يجوزُ فيها النّيابةُ عندَ القُدْرةِ، ويجوزُ عندَ العجْزِ.

والكلامُ فيه يَقعُ في مواضعَ: في [بيان](٤) جوازِ النّيابةِ في الحجِّ في الجُمْلةِ، وفي بيانِ

---

(١) أخرجه مالك معلقًا، كتاب: الصيام، باب: النذر في الصيام والصيام عن الميت، وقد ضعفه الألباني في ضعيف جامع الترمذي، (٧١٨)، من حديث ابن عمر، والنسائي في الكبرى (٢/ ١٧٥)، (٢٩١٨)، من حديث ابن عباس، وذكره ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٢/ ٢٠٩)، وقال: رواه النسائي في الكبرى بإسناد صحيح عن ابن عباس.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده، برقم (٢٣٣٤٨)، من حديث أبي رافع. وذكره الهيثمي في المجمع (٤/ ٢١)، وقال: «رواه أحمد وإسناده حسن».

(٣) أخرجه البخاري، في كتاب: الجنائز، باب: موت الفجأة، حديث (١٣٨٨)، ومسلم في كتاب: الزكاة، باب: وصول ثواب الصدقة عن الميت، حديث (١٠٠٤)، والنسائي (٣٦٤٩)، وابن ماجه (٢٧١٧)، من حديث عائشة، وفيه «أن رجلاً قال للنبي ﷺ: «إن أمي افتُلِتت نفسها» وأظنها لو تكلمت تصدقت، فهل لها أجر إن تصدقت عنها؟، قال: «نعم»، وفي روايات أخرى أن هذا الرجل هو سعد بن عبادة، ولم أقف على كونه سعد بن أبي وقاص.

(٤) زيادة من المخطوط.

كيفيّةِ النِّيابةِ فيه، وفي بيانِ شَرائطِ جوازِ النِّيابةِ، وفي بيانِ ما يَصيرُ النّائبُ به مُخالِفًا وبيانِ حكمِه إذا خالَفَ.

امّا الأوّل: فالدّليلُ على الجوازِ حديثُ الخثْعَميّةِ، وهو ما رُوِيَ أنّ امرأةً جاءتْ من بَني خَثْعَم إلى رسولِ اللّه ﷺ وقالتْ: يا رسولَ اللّه إنّ فريضةَ الحجِّ أدركَتْ أبي، وإنّه شيخٌ كبيرٌ لا يَثْبُتُ على الرّاحِلةِ، وفي روايةٍ: لا يستَمْسِكُ على الرّاحِلةِ، أفيُجْزيني أنْ أحُجَّ عنه؟ فقال ﷺ: «**حُجّي عن أبيك واعتَمِري**»[1]، وفي روايةٍ قال لها: «**أرأيت لو كان على أبيك دَينٌ فقضَيتيه أما كان يُقبَلُ منك؟**» قالتْ: نَعَم، فقال النّبيُّ ﷺ: «**فدَيْنُ اللّه تعالى أحَقُّ**»[2]، ولأنّه عِبادةٌ تُؤَدّى بالبدنِ والمالِ فيجبُ اعتِبارُهما ولا يُمْكِنُ اعتِبارُهما في حالةٍ واحِدةٍ؛ لتَنافٍ بين أحكامِهما فنعتَبِرُهما في حالينِ، فنقول لا تجوزُ النِّيابةُ فيه عندَ القُدْرةِ اعتِبارًا للبَدَنِ، وتجوزُ عندَ العجْزِ اعتِبارًا للمالِ عَمَلًا بالمعنيَيْنِ في الحالينِ.

وَأمّا كيفيّةُ النِّيابةِ فيه، فذكر في الأصلِ أنّ الحجَّ يَقَعُ عن المحجوجِ عنه، ورُوِيَ عن محمّدٍ أنّ نفسَ الحجِّ يَقَعُ عن الحاجِّ، وإنّما للمحجوجِ عنه ثَوابُ النّفَقةِ. وجه روايةِ محمّدٍ أنه عِبادةٌ بَدَنيّةٌ وماليّةٌ والبدنُ للحاجِّ، والمالُ للمحجوجِ عنه فما كان من البدنِ لصاحِبِ البدنِ، وما كان بسببِ المالِ يكونُ لصاحِبِ المالِ، والدّليلُ عليه أنّه لو ارتكَبَ شيئًا من محظوراتِ الإحرامِ فكفّارَتُه في مالِه لا في مالِ المحجوجِ عنه. وكذا لو أفسد الحجَّ يجبُ عليه القضاءُ، فدَلَّ أنّ نفسَ الحجِّ يَقَعُ له إلاّ أنّ الشّرعَ أقام ثَوابَ نَفَقةِ الحجِّ في حَقِّ العاجِزِ عن الحجِّ بنفسِه مَقام الحجِّ بنفسِه نَظَرًا له ومرحَمةً عليه.

وجه روايةِ الأصلِ: ما رَوَيْنا من حديثِ الخثْعَميّةِ حيث قال لها النّبيُّ ﷺ: «**حُجّي عن أبيك**» أمرَها بالحجِّ عن أبيها. ولولا أنّ حَجَّها يَقَعُ عن أبيها لَما أمرَها بالحجِّ عنه، ولأنّ النّبيّ ﷺ قاسَ دَيْنَ اللّه تعالى بديْنِ العِبادِ بقولِه: «**أرأيت لو كان على أبيك دين؟**» وذلك تُجْزِئُ فيه النِّيابةُ ويقومُ فعلُ النّائبِ مَقام فعلِ المنوبِ عنه كذا هذا.

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: وجوب الحج وفضله، حديث (١٥١٣)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: الحج عن العاجز، حديث (١٣٣٤)، وأبو داود (١٨٠٩)، والترمذي (٩٢٨)، وابن ماجه (٢٩٠٩)، من حديث ابن عباس.

(٢) أخرجه النسائي، كتاب: مناسك الحج، باب: تشبيه قضاء الحج بقضاء الدين، حديث (٢٦٣٩)، عن ابن عباس قال: قال رجل: يا رسول الله إن أبي مات ولم يحج أفأحج عنه؟ قال: «أرأيت لو كان على أبيك دين أكنت قاضيه؟» قال: نعم. قال: «فدين الله أحق» وانظر الصحيحة (٣٠٤٧).

والدّليلُ عليه أنّ الحاجَّ يحتاجُ إلى نيّةِ المحجوجِ عنه كذا الإحرامُ، ولو لم يَقَع نفسُ الحجِّ عنه لَكان لا يحتاجُ إلى نيّتِه واللهُ أعلَمُ.

وَأمَّا شَرائطُ جوازِ النِّيابةِ:

فمنها: أنْ يكونَ المحجوجُ عنه عاجِزًا عن أداءِ الحجِّ بنفسِه وله مالٌ فإنْ كان قادِرًا على الأداءِ بنفسِه بأنْ كان صحيحَ البدنِ وله مالٌ لا يجوزُ حَجُّ غيرِه عنه؛ لأنّه إذا كان قادِرًا على الأداءِ ببَدَنِه وله مالٌ، فالفرضُ يتعَلَّقُ ببَدَنِه لا بمالِه، بل المالُ يكونُ شرطًا وإذا تَعَلَّقَ الفرضُ ببَدَنِه لا تُجزِئُ فيه النِّيابةُ كالعِباداتِ البدنيّةِ المحضةِ.

وكذا لو كان فقيرًا صحيحَ البدنِ لا يجوزُ حَجُّ غيرِه عنه؛ لأنّ المالَ من شَرائطِ الوُجوبِ فإذا لم يكنْ له مالٌ لا يجبُ عليه أصلاً، فلا يَنوبُ عنه غيرُه في أداءِ الواجبِ ولا واجبَ.

ومنها: العجْزُ المُستَدامُ من وقتِ [١/ ٢٦٨ب] الإحجاجِ إلى وقتِ الموتِ، فإنْ زالَ قبلَ الموتِ لم يَجز حَجُّ غيرِه عنه؛ لأنّ جوازَ حَجِّ الغيرِ عن الغيرِ ثبت بخلافِ القياسِ لضرورةِ العجْزِ الذي لا يُرْجَى زَوالُه فيتقَيّدُ الجوازُ به، وعلى هذا يخرجُ المريضُ أو المحبوسُ إذا أَحجَّ عنه أنّ جوازَه موقوفٌ إنْ ماتَ - وهو مريضٌ أو محبوسٌ - جاز، وإنْ زالَ المرَضُ أو الحبْسُ قبلَ الموتِ لم يَجز، والإحجاجُ من الزّمِنِ والأعمَى على أصلِ أبي حنيفةَ جائزٌ؛ لأنّ الزّمانةَ والعمَى لا يُرْجَى زَوالُهما عادةً فوُجِدَ الشّرطُ - وهو العجْزُ المُستَدامُ - إلى وقتِ الموتِ.

ومنها: الأمرُ بالحجِّ فلا يجوزُ حَجُّ الغيرِ عنه بغيرِ أمرِه؛ لأنّ جوازَه بطَريقِ النِّيابةِ عنه، والنِّيابةُ لا تَثْبُتُ إلاّ بالأمرِ إلاّ الوارِثَ يَحُجُّ عن موَرِّثِه بغيرِ أمرِه، فإنّه يجوزُ إنْ شاء اللّه تعالى بالنّصِّ، ولِوُجودِ الأمرِ هناكَ دَلالةٌ على ما نذكرُ - إنْ شاء اللّه تعالى.

ومنها: نيّةُ المحجوجِ عنه عندَ الإحرامِ؛ لأنّ النّائبَ يَحُجُّ عنه لا عن نفسِه، فلا بُدَّ من نيّتِه، والأفضلُ أنْ يقولَ بلِسانِه: لَبَّيْكَ عن فُلانٍ، كما إذا حَجَّ عن نفسِه.

ومنها: أنْ يكونَ حَجُّ المأمورِ بمالِ المحجوجِ عنه، فإنْ تَطَوّعَ الحاجُّ عنه بمالِ نفسِه لم يَجز عنه حتّى يَحُجَّ بمالِه. وكذا إذا كان أوصَى أنْ يَحُجَّ عنه بمالِه وماتَ، فتَطَوّعَ عنه وارِثُه بمالِ نفسِه؛ لأنّ الفرضَ تَعَلّقَ بمالِه فإذا لم يَحُجَّ بمالِه لم يسقُطْ عنه الفرضُ؛ ولأنّ

مذهبَ محمّدٍ أنّ نفسَ الحجِّ يَقَعُ للحاجِّ، وإنّما للمحجوجِ عنه ثَوابُ النّفَقةِ، فإذا لم يُنْفق من مالِه فلا شيءَ له رأسًا.

ومنها: الحجُّ راكِبًا حتّى لو أمرَه بالحجِّ فحَجَّ ماشيًا يَضْمَنُ النّفَقةَ ويَحُجُّ عنه راكِبًا؛ لأنّ المفروضَ عليه هو الحجُّ راكِبًا فيَنْصَرِفُ مُطْلَقُ الأمرِ بالحجِّ إليه فإذا حَجَّ ماشيًا فقد خالَفَ فيَضْمَنُ، وسَواءٌ كان الحاجُّ قد حَجَّ عن نفسِه، أو كان صَرورةً أنّه يجوزُ في الحالينِ جميعًا إلاّ أنّ الأفضلَ أنْ يكونَ قد حَجَّ عن نفسِه[(١)].

وقال الشّافعيُّ: لا يجوزُ حَجُّ الصّرورةِ عن غيرِه، ويَقَعُ حَجُّه عن نفسِه ويَضْمَنُ النّفَقةَ[(٢)]، واحتَجَّ بما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ سَمِعَ رجلًا يُلَبِّي عن شُبْرُمةَ قال له ﷺ: **«ومَن شُبْرُمةُ؟»** فقال: أخٌ لي، أو صَديقٌ لي، فقال [له النبي][(٣)] ﷺ: **«أحَجَجْت عن نفسِك؟»** فقال: لا، فقال ﷺ: **«حُجَّ عن نفسِك ثمّ عن شُبْرُمةَ»**[(٤)] فالاستدلالُ به من وجهينِ:

احدُهما: أنّه سأله عن حَجِّه عن نفسِه. ولولا أنّ الحكمَ يختلفُ لم يكنْ لسُؤالِه معنًى.

والثّاني: أنّه أمرَه بالحجِّ عن نفسِه أوّلاً ثمّ عن شُبْرُمةَ، فدَلَّ أنّه لا يجوزُ الحجُّ عن غيرِه قبلَ أنْ يَحُجَّ عن نفسِه؛ ولأنّ حَجَّه عن نفسِه فرضٌ عليه، وحَجُّه عن غيرِه ليس بفَرْضٍ، فلا يجوزُ تركُ الفرضِ بما ليس بفَرْضٍ.

(ولَنَا): حديثُ الخثْعَميّةِ أنّ النّبيّ ﷺ قال لها: **«حُجّي عن أبيك»**[(٥)]، ولم يستفسِرْ أنّها كانتْ حَجّتْ عن نفسِها أو كانتْ صَرورةً. ولو كان الحكمُ يختلفُ لاستفسَرَ؛ ولأنّ الأداءَ عن نفسِه لم يجبْ في وقتٍ مُعَيّنٍ فالوقت كما يصلُحُ لحَجِّه عن نفسِه يصلُحُ لحَجِّه عن

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٥٠٤)، المبسوط (٤/ ١٥١)، تحفة الفقهاء (١/ ٤٢٩)، مجمع الأنهر (١/ ٣٠٨).

(٢) مذهب الشافعية: أن من عليه فرض الحج أو نذر الحج لا يجوز حجه عن غيره. انظر: حلية العلماء (٣/ ٢٠٨)، فتح العزيز بذيل المجموع (٧/ ٣٣، ٣٤)، المجموع شرح المهذب (٧/ ١١٧، ١١٨).

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) أخرجه أبو داود في كتاب: المناسك، باب الرجل يحج عن غيره، حديث (١٨١١)، وابن ماجه (٢٩٠٣)، وأبو يعلى (٤/ ٣٢٩)، (٢٤٤٠)، والطبراني في الأوسط (٢/ ٢٦١)، (١٤٦٣)، وذكره ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٢/ ٢٢٣)، (٩٥٨)، من حديث ابن عباس، وقال: قال البيهقي: إسناده صحيح. قلت: وهو صحيح كما في الإرواء (٩٩٤).

(٥) سبق تخريجه.

غيرِه، فإذا عَيّنَه لحَجِّه عن غيرِه وقَعَ عنه؛ ولِهذا قال أصحابُنا: إنّ الصّرورةَ إذا حَجَّ بنيّةِ النّفْلِ أنّه يَقَعُ عن النّفْلِ؛ لأنّ الوقتَ لم يتعَيّنْ للفَرْضِ بل يُقبَلُ الفرضُ والنّفلُ، فإذا عَيّنَه للنّفْلِ تَعَيّنَ له إلاّ أنّ عندَ إطلاقِ النّيّةِ يَقَعُ عن الفرضِ؛ لوُجودِ نيّةِ الفرضِ بدلالةِ حالِه إذِ الظّاهرُ أنّه لا يقصِدُ النّفَلَ، وعليه الفرضُ فانصَرف المُطْلَقُ إلى المُقَيّدِ بدلالةِ حالِه لكنّ الدّلالة إنّما تُعتبَرُ عندَ عَدَمِ النّصِّ بخلافِها، فإذا نَوَى التّطَوُّعَ، فقد وُجِدَ النّصُّ بخلافِها فلا تُعتبَرُ الدّلالةُ إلاّ أنّ الأفضلَ أنْ يكونَ قد حَجَّ عن نفسِه؛ لأنّه بالحجِّ عن غيرِه يَصيرُ تارِكًا إسقاطَ الفرضِ عن نفسِه، فيتمكّنُ في هذا الإحجاجِ ضَرْبُ كراهةٍ، ولأنّه إذا كان حَجَّ مرّةً كان أعرف بالمناسِكِ. وكذا هو أبعَدُ عن مَحَلِّ الخلافِ فكان أفضلَ، والحديثُ محمولٌ على الأفضليّةِ تَوْفيقًا بين الدّلائلِ، وسَواءٌ كان رجلاً أو امرأةً إلاّ أنّه يُكْرَه إحجاجُ المرأةِ، لكنّه يجوزُ.

أمّا الجوازُ فلِحديثِ الخثْعَميّةِ. وأمّا الكراهةُ فلأنّه يدخلُ في حَجِّها ضَرْبُ نُقْصانٍ؛ لأنّ المرأةَ لا تستَوْفي سُنَنَ الحجِّ فإنّها لا ترمُلُ في الطّوافِ وفي السّعيِ بين الصّفا والمروةِ ولا تحلِقُ، وسَواءٌ كان حُرًّا أو عبدًا بإذنِ المولى لكنّه يُكْرَه إحجاجُ العبدِ. أمّا الجوازُ فلأنّه يَعملُ بالنِّيابةِ، وما تجوزُ فيه النِّيابةُ يستَوِي فيه الحُرُّ والعبدُ كالزّكاةِ ونحوِها. وأمّا الكراهةُ فلأنّه ليس من أهلِ أداءِ الفرضِ عن نفسِه فيُكْرَه أداؤُه عن غيرِه واللّه الموَفِّقُ.

وَأمّا بيانُ ما يَصيرُ به المأمورُ بالحجِّ مُخالِفًا، وبيانُ حكمِه إذا خالَفَ فنقول: إذا أمرَ[1] بحَجّةٍ مُفْرَدةٍ أو بعُمْرةٍ مُفْرَدةٍ فقرنَ، فهو مُخالِفٌ ضامِنٌ في قولِ أبي حنيفةَ وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ: يُجْزي [١/ ٢٦٩أ] ذلك عن الآمِرِ نَستحسِنُ ونَدَعُ القياسَ فيه، ولا يَضْمَنُ فيه دَمَ القرانِ على الحاجِّ.

(وجه قولِهما): أنّه فَعَلَ المأمورَ به وزادَ خَيْرًا فكان مَأذونًا في الزِّيادةِ دَلالةً، فلم يكنْ مُخالِفًا كمَنْ قال لرجلٍ: اشترِ لي هذا العبدَ بألفِ دِرْهَم فاشتَراه بخمسِمائةٍ أو قال: بع هذا العبدَ بألفِ دِرْهَم، فباعَه بألفٍ وخمسِمائةٍ يجوزُ، ويُنَفَّذُ على الآمِرِ لما قلنا كذا هذا، وعليه دَمُ القرانِ؛ لأنّ الحاجَّ إذا قرنَ بإذنِ المحجوجِ عنه كان الدّمُ على الحاجِّ لما نذكرُ.

ولأبي حنيفةَ أنّه لم يَأتِ بالمأمورِ به؛ لأنّه أُمِرَ بسَفَرٍ يصرِفُه إلى الحجِّ لا غيرُ، ولم يَأتِ

(١) في المخطوط: «أخرج».

به فقد خالَفَ أمرَ الآمِرِ فضَمِنَ.

ولو أمرَه أنْ يَحُجَّ عنه فاعتَمرَ ضَمِنَ؛ لأنّه خالَفَ ولو اعتَمرَ ثمّ حَجَّ من مكّةَ يَضْمَنُ النّفَقةَ في قولِهم جميعًا؛ لأمرِه به بالحجِّ بسَفَرٍ، وقد أتَى بالحجِّ من غيرِ سَفَرٍ؛ لأنّه صَرف سَفره الأوّلَ إلى العُمْرةِ، فكان مُخالِفًا فيَضْمَنُ النّفَقةَ. ولو أمرَه بالحجِّ عنه فجَمع بين إحرامِ الحجِّ والعُمْرةِ فأحرم بالحجِّ عنه وأحرم بالعُمْرةِ عن نفسِه فحَجَّ عنه واعتَمرَ عن نفسِه صار مُخالِفًا في ظاهرِ الرِّوايةِ عن أبي حنيفةَ وعن أبي يوسفَ أنّه يقسِمُ النّفَقةَ على الحجِّ والعُمْرةِ، ويَطْرَحُ عن الحجِّ ما أصابَ العُمْرةَ، ويجوزُ ما أصابَ الحجَّ.

(وجه روايةِ أبي يوسفَ): أنّ المأمورَ فعل ما أُمِرَ به - وهو الحجُّ - عن الآمِرِ وزادَه إحسانًا حيث أسقَطَ عنه بعضَ النّفَقةِ.

(وجه ظاهرِ الروايةِ): أنّه أمرَه بصَرْفِ كُلِّ السّفَرِ إلى الحجِّ، ولم يَأتِ به؛ لأنّه أدّى بالسّفَرِ حَجًّا عن الآمِرِ وعُمْرةً عن نفسِه فكان مُخالِفًا وبه تُبُيِّنَ أنّه فعل ما أُمِرَ به.

وقولُه: (أنّه أحسَنَ إليه حيث أسقَطَ عنه بعضَ النّفَقةِ) غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ غَرَضَ الآمِرِ في الحجِّ عن الغيرِ هو ثَوابُ النّفَقةِ فإسقاطُه لا يكونُ إحسانًا، بل يكونُ إساءةً.

ولو أمرَه أنْ يَعتَمِرَ فأحرم بالعُمْرةِ واعتَمرَ ثمّ أحرم بالحجِّ بعدَ ذلك، وحَجَّ عن نفسِه لم يكنْ مُخالِفًا؛ لأنّه فعل ما أُمِرَ به وهو أداءُ العُمْرةِ بالسّفَرِ، وإنّما فعل بعدَ ذلك الحجَّ فاشتِغالُه به كاشتِغالِه بعَمَلٍ آخَرَ من التِّجارةِ وغيرِها إلاّ أنّ النّفَقةَ مقدارُ مَقامِه للحَجِّ من مالِه؛ لأنّه عَمِلَ لنفسِه. ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ - رحمه الله - في الرّقَيّاتِ إذا حَجَّ عن الميِّتِ وطافَ لحَجِّه وسَعَى ثمّ أضافَ إليه عُمْرةً عن نفسِه لم يكنْ مُخالِفًا؛ لأنّ هذه العُمْرةَ واجبةُ الرّفْضِ؛ لوُقوعِها على مُخالَفةِ السّنّةِ على ما ذكرنا في فصلِ القِرانِ، فكان وُجودُها والعدَمُ بمنزِلةٍ [واحِدةٍ][1].

ولو كان جَمع بينهما ثمّ أحرم بهما ثمّ لم يَطُفْ حتّى وقَفَ بعَرَفةَ ورفضَ العُمْرةَ لم يَنْفَعه ذلك، وهو مع ذلك مُخالِفٌ؛ لأنّه لَمّا أحرم بهما جميعًا فقد صار مُخالِفًا في ظاهرِ الرِّوايةِ على ما ذكرنا فوَقَعَتِ الحجّةُ عن نفسِه فلا يُحتَمَلُ التّغْييرُ بعدَ ذلك برَفْضِ العُمْرةِ.

---

(١) ليست في المخطوط.

ولو أمرَه رجلٌ أنْ يَحُجَّ عنه حَجَّةً وأمرَه رجلٌ آخَرُ أنْ يَحُجَّ عنه فأحرم بحَجَّةٍ فهذا لا يخلو عن أحدِ وجهينِ: إمَّا أنْ أحرم بحَجَّةٍ عنهما جميعًا، وإمَّا أنْ أحرم بحَجَّةٍ عن أحدِهما.

فإنْ أحرم بحَجَّةٍ عنهما جميعًا فهو مُخالِفٌ، ويَقَعُ الحجُّ عنه ويَضْمَنُ النّفَقةَ لهما إنْ كان أنْفَقَ من مالِهما؛ لأنّ كُلَّ واحِدٍ منهما أمرَه بحَجٍّ تامٍّ ولم يَفْعَلْ، فصار مُخالِفًا لأمرِهما فلم يَقَع حَجُّه عنهما فيَضْمَنُ لهما؛ لأنّ كُلَّ واحِدٍ منهما لم يَرْضَ بإنْفاقِ مالِه فيَضْمَنُ، وإنّما وقَعَ الحجُّ عن الحاجِّ؛ لأنّ الأصلَ أنْ يَقَعَ كُلُّ فعلٍ عن فاعِلِه. وإنّما يَقَعُ لغيرِه بجَعلِه، فإذا خالَفَ لم يَصِرْ لغيرِه فبَقِيَ فعلُه له.

ولو أرادَ أنْ يجعلَه (لأحدِهما لم) [1] يملِكْ ذلك بخلافِ الابنِ إذا أحرم بحَجَّةٍ عن أبَوَيْه أنّه يُجْزِئُه أنْ يجعلَه [2] عن أحدِهما؛ لأنّ الابنَ غيرُ مَأمورٍ بالحجِّ عن الأبَوَيْنِ، فلا تَتَحَقَّقُ مُخالَفةُ الآمِرِ، وإنّما جعل ثَوابَ الحجِّ الواقِعِ عن نفسِه في الحقيقةِ لأبَوَيْه، وكان من عَزْمِه أنْ يجعلَ ثَوابَ حَجِّه لهما ثمّ نَقَضَ عَزْمَه وجعله لأحدِهما وههنا بخلافِه؛ لأنّ الحاجَّ مُتَصَرِّفٌ بحكمِ الآمِرِ، وقد خالَفَ أمرَهما فلا يَقَعُ حَجُّه لهما ولا لأحدِهما.

وإنْ أحرم بحَجَّةٍ عن أحدِهما فإنْ أحرم لأحدِهما عَيْنًا وقَعَ الحجُّ عن الذي عَيّنَه، ويَضْمَنُ النّفَقةَ للآخَرِ، وهذا ظاهرٌ.

وإنْ أحرم بحَجَّةٍ عن أحدِهما غيرَ عَيْنٍ، فلَه أنْ يجعلَها عن أحدِهما أيُّهما شاء ما لم يَتَّصِلْ بها الأداءُ في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ استحسانًا.

والقياسُ أنْ لا يجوزَ له ذلك ويَقَعُ الحجُّ عن نفسِه ويَضْمَنُ النّفَقةَ لهما.

(وجه القياسِ): أنّه خالَفَ الأمرَ؛ لأنّه [لَمَّا] [3] أُمِرَ بالحجِّ لمُعَيّنٍ، وقد حَجَّ لمُبْهَمٍ، والمُبْهَمُ غيرُ المُعَيّنِ فصار مُخالِفًا ويَضْمَنُ النّفَقةَ، ويَقَعُ الحجُّ عن نفسِه لما ذكرنا بخلافِ ما إذا أحرم الابنُ بالحجِّ عن أحدِ أبَوَيْه أنّه يَصِحُّ، وإنْ لم يكنْ مُعَيّنًا لما ذكرنا أنّ الابنَ في حَجِّه لأبَوَيْه ليس مُتَصَرِّفًا بحكمِ الآمِرِ [حتّى يَصيرَ مُخالِفًا للآمِرِ] [4] بل هو يَحُجُّ عن نفسِه، ثمّ يجعلُ ثَوابَ حَجِّه لأحدِهما وذلك جائزٌ. وههنا بخلافِه. وجه الاستحسانِ أنّه قد صَحَّ من أصلِ أصحابِنا أنّ الإحرامَ [١/ ٢٦٩ب] ليس من الأداءِ بل هو شرطُ

(١) في المخطوط: «عن أحدهما لا».
(٢) في المخطوط: «يجعلها».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.

[جوازِ] (١) أداءِ أفعالِ الحجِّ، فيقتضي تَصوُّرَ الأداءِ، والأداءُ مُتَصوّرٌ بواسطةِ التّعيينِ، فإذا جعله عن أحدِهِما قبلَ أنْ يَتّصِلَ به شيءٌ من أفعالِ الحجِّ تَعَيّنَ له فيَقَعُ عنه، فإنْ لم يجعلْها عن أحدِهِما حتّى طافَ شوْطًا ثمّ أرادَ أنْ يجعلَها عن أحدِهِما لم تجزْ عن واحِدٍ منهما؛ لأنّه إذا اتّصلَ به الأداءُ تَعذّرَ تَعيينُ القدرِ المُؤدّى؛ لأنّ المُؤدّى قد مَضى وانقضى، فلا يُتَصوّرُ تَعيينُه فيَقَعُ عن نفسِه، وصار إحرامُه واقِعًا له لاتّصالِ الأداءِ به.

وَإنْ أمرَه أحدُهما بحَجّةٍ، وأمرَه الآخرُ بعُمْرةٍ فإنْ أذِنا له بالجمعِ - وهو القرانُ - فجَمع جاز؛ لأنّه أُمِرَ بسَفَرٍ يَنْصَرِفُ بعضُه إلى الحجِّ وبعضُه إلى العُمْرةِ، وقد فعل ذلك فلم يَصِرْ مُخالِفًا، وإنْ لم يَأذَنا له بالجمعِ فجَمع ذكر الكَرْخيُّ أنّه يجوزُ وذكر القُدوريُّ في شرحِه مختصَرِ الكَرْخيِّ أنّه لا يجوزُ على قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّه خالَفَ لأنّه أُمِرَ بسَفَرٍ يَنْصَرِفُ كُلُّه إلى الحجِّ، وقد صَرفه إلى الحجِّ [والعُمْرةَ] (٢) فصار مُخالِفًا، وإنّما يَصِحُّ هذا على ما رُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّ مَنْ حَجَّ عن غيرِه واعتَمرَ عن نفسِه جاز.

ولو أمرَه أنْ يَحُجَّ عنه فحَجَّ عنه ماشيًا يَضْمَنُ؛ لأنّه خالَفَ لأنّ الأمرَ بالحجِّ يَنْصَرِفُ إلى الحجِّ المُتعارَفِ في الشّرعِ - وهو الحجُّ راكِبًا - لأنّ اللّهَ تعالى أمرَ بذلك، فعندَ الإطلاقِ يَنْصَرِفُ إليه فإذا حَجَّ ماشيًا فقد خالَفَ فيَضْمَنُ لما قلنا، ولأنّ الذي يحصُلُ للآمِرِ من الأمرِ بالحجِّ هو ثَوابُ النّفَقةِ، والنّفَقةُ في الرّكوبِ أكثرُ فكان الثّوابُ فيه أوفر؛ ولِهذا قال محمّدٌ: إنْ حَجَّ على حِمارٍ كرِهْت له ذلك، والجمَلُ أفضلُ؛ لأنّ النّفَقةَ في رُكوبِ الجمَلِ أكثرُ فكان حُصُولُ المقصُودِ فيه أكمَلَ فكان أولى.

وَإذا فعل المأمورُ بالحجِّ ما يوجِبُ الدّمَ أو غيرَه فهو عليه ولو قرنَ عن الآمِرِ بأمرِه فدَمُ القرانِ عليه، والحاصِلُ أنّ جميعَ الدِّماءِ المُتَعلِّقةِ بالإحرامِ في مالِ الحاجِّ إلاّ دَمَ الإحصارِ خاصّةً، فإنّه في مالِ المحجوجِ عنه، كذا ذكر (٣) القُدوريُّ في شرحِه مختصَرِ الكَرْخيِّ (٤) دَمَ الإحصارِ ولم يذكرِ الاختِلافَ، وكذا ذكر القاضي في شرحِه مختصَرِ الطّحاوِيِّ، ولم يذكرِ الخلافَ، وذكر في بعضِ نُسَخِ الجامعِ الصّغيرِ أنّه على الحاجِّ عندَ أبي يوسفَ.

أمّا ما يجبُ بالجِنايةِ؛ فلأنّه هو الذي جَنَى، فكان عليه الجزاءُ؛ ولأنّه أُمِرَ بحَجٍّ خالٍ

(١) ليست في المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «روى».
(٤) زاد في المخطوط: «ولم يذكر الخلاف وذكر».

عن الجِنايةِ، فإذا جَنَى فقد خالَفَ فعليه ضَمانُ الخلافِ.

وأمَّا دَمُ القرانِ فلأنّه (دَمُ نُسُكٍ)[١]؛ لأنّه يجبُ شُكْرًا، وسائرُ أفعالِ النُّسُكِ، على الحاجِّ فكذا هذا النُّسُكُ. وأمَّا دَمُ الإحصارِ فلأنّ المحجوجَ عنه هو الذي أدخَلَه في هذه العُهْدةِ، فكان من جِنْسِ النَّفَقةِ والمُؤْنةِ، وذلك عليه كذا هذا، فإنْ جامع الحاجُّ عن غيرِه قبلَ الوُقوفِ بعَرَفةَ فسد حَجُّه ويمضي فيه والنَّفَقةُ في مالِه، ويَضْمَنُ ما أَنْفَقَ من مالِ المحجوجِ عنه قبلَ ذلك وعليه القضاءُ من مالِ نفسِه.

أمَّا فسادُ الحجِّ فلأنّ الجِماعَ قبلَ الوُقوفِ بعَرَفةَ مُفْسِدٌ للحَجِّ لما نذكرُ - إنْ شاء اللَّه تعالى - في موضِعِه. والحجَّةُ الفاسِدةُ يجبُ المُضيُّ فيها، ويَضْمَنُ ما أَنْفَقَ [من مالِ المحجوجِ عنه قبلَ ذلك وعليه القضاءُ من مالِ نفسِه، ويَضْمَنُ ما أَنْفَقَ من مالِ][٢] الآمِرِ قبلَ ذلك؛ لأنّه خالَفَ؛ لأنّه أمرَه بحَجَّةٍ - صحيحةٍ وهي الخاليةُ عن الجِماعِ - ولم يَفْعَلْ ذلك فصار مُخالِفًا فيَضْمَنُ ما أَنْفَقَ وما بَقِيَ يُنْفِقُ فيه من مالِه؛ لأنّ الحجَّ وقَعَ له ويقضي؛ لأنّ مَنْ أفسد حَجَّه يلزَمُه قضاؤُه، فإنْ فاتَه الحجُّ يصنَعُ ما يصنَعُ فائتُ الحجِّ بعدَ شُروعِه فيه وسَنَذكرُه في موضِعِه - إنْ شاء اللَّه.

ولا يَضْمَنُ النَّفَقةَ لأنّه فاتَه بغيرِ صُنْعِه فلم يوجَدْ منه الخلافُ فلا يجبُ الضّمانُ وعليه عن نفسِه الحجُّ من قابِلٍ؛ لأنّ الحجَّةَ قد وجبتْ عليه بالشُّروعِ، فإذا فاتَتْ لَزِمَه قضاؤُها، وهذا على قولِ محمّدٍ ظاهرٌ؛ لأنّ الحجَّ عندَه يَقَعُ عن الحاجِّ. وَقالوا فيمَنْ حَجَّ عن غيرِه فمرِضَ في الطّريقِ: لم يَجز له أنْ يدفَعَ النَّفَقةَ إلى مَنْ يَحُجُّ عن الميِّتِ إلاّ أنْ يكونَ أذِنَ له في ذلك؛ لأنّه مَأمورٌ بالحجِّ لا بالإحجاجِ كانْ[٣] لم يَبْلُغِ المالُ المدفوعُ إليه النّفَقةَ. فأنْفَقَ من مالِ نفسِه ومالِ الآمِرِ، يَنْظُرُ فإنْ بَلَغَ مالُ الآمِرِ الكِراءَ وعامَّةَ النَّفَقةِ فالحجُّ عن الميِّتِ لا يكونُ مُخالِفًا وإلاّ فهو ضامِنٌ، ويكونُ[٤] الحجُّ عن نفسِه ويَرُدُّ المالَ، والأصلُ فيه أنْ يَعتَبِرَ الأكثرَ ويجعلَ الأقَلَّ تَبَعًا للأكثرِ، وقَليلَ الإنْفاقِ من مالِ نفسِه مِمَّا لا يُمْكِنُ التّحَرُّزُ عنه من شربةِ ماءٍ، أو قَليلِ زادٍ فلو اعتَبَرَ القليلَ مانِعًا من وُقوعِ الحجِّ عن الآمِرِ يُؤَدِّي إلى سَدِّ بابِ الإحجاجِ فلا يُعتَبَرُ [ويُعتَبَرُ الكثيرُ][٥].

---

(١) في المخطوط: «النسك».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «فإن».
(٤) في المخطوط: «يجوز».
(٥) ليست في المخطوط.

ولو أَحَجَّ رجلاً يُؤَدِّي الحجَّ ويُقيمُ بمكّةَ جاز؛ لأنّ فرضَ الحجِّ صار مُؤَدِّيًا بالفراغِ عن أفعالِه. والأفضلُ أنْ يَحُجَّ ثمّ يَعودَ إليه، لأنّ الحاصِلَ للآمِرِ ثَوابُ النّفَقةِ، فمَهْما كانتِ النّفَقةُ أكثرَ كان الثّوابُ أكثرَ وأوفر، وإذا فرَغَ المأمورُ بالحجِّ من الحجِّ ونَوَى الإقامةَ [١/ ٢٧٠أ]خمسةَ عشرَ يومًا فصاعِدًا أنْفَقَ من مالِ نفسِه لأنّ نيّةَ الإقامةِ قد صَحّتْ فصار تارِكًا للسّفَرِ فلم يكنْ مَأذونًا بالإنْفاقِ (١) من مالِ الآمِرِ. ولو أنْفَقَ ضَمِنَ؛ لأنّه أنْفَقَ مالَ غيرِه بغيرِ إذنِه فإنْ أقام بها أيّامًا من غيرِ نيّةِ الإقامةِ فقد قال أصحابُنا: إنّه إنْ أقام إقامةً مُعتادةً فالنّفَقةُ في مالِ المحجوجِ عنه، وإنْ زادَ على المُعتادِ فالنّفَقةُ من مالِه حتّى قالوا: إذا أقام بَعدَ الفراغِ من الحجِّ ثلاثةَ أيّامٍ يُنْفِقُ من مالِ الآمِرِ، وإنْ زادَ يُنْفِقُ من مالِ نفسِه.

وقالوا في الخراسانيِّ: إذا جاء حاجًّا عن غيرِه فدخل بَغْدادَ فأقام بها إقامةً مُعتادةً مقدارَ ما يُقيمُ النّاسُ بها عادةً فالنّفَقةُ في مالِ المحجوجِ عنه، وإنْ أقام أكثرَ من ذلك فالنّفَقةُ في مالِه، وهذا كان في زَمانِهم؛ لأنّه كان زَمانَ أمنٍ يتمكّنُ الحاجُّ من الخروجِ من مكّةَ وحْدَه أو مع نَفَرٍ يسيرٍ، فقَدَّروا مُدّةَ الإقامةِ بها بعدَ الفراغِ من الحجِّ كما أذِنَ النّبيُّ ﷺ للمُهاجِرِ أنْ يُقيمَ بمكّةَ(٢). فأمّا في زَمانِنا فلا يُمْكِنُ الخروجُ للأفرادِ والآحادِ ولا لجَماعةٍ قَليلةٍ من مكّةَ إلاّ مع القافِلةِ فما دامَ مُنْتَظِرًا (٣) خُروجَ القافِلةِ فنَفَقَتُه في مالِ المحجوجِ عنه وكذا هذا في إقامتِه ببَغْدادَ أنّه ما دامَ مُنْتَظِرًا لخُروجِ القافِلةِ، فالنّفَقةُ في مالِ الآمِرِ لتَعَذُّرِ سَبْقِه بالخروجِ لما فيه من تَعريضِ المالِ والنّفْسِ للهَلاكِ فالتّعويلُ في الذّهابِ والإيابِ على ذَهابِ القافِلةِ وإيابِها.

فإنْ نَوَى إقامةَ (٤) خمسةَ عشرَ يومًا فصاعِدًا حتّى سَقَطَتْ نَفَقَتُه من مالِ الآمِرِ ثمّ رجع بعدَ ذلك هل تَعودُ نَفَقَتُه في مالِ الآمِرِ؟ ذكر القُدوريُّ في شرحِه مختصَرِ الكَرْخيِّ أنّه تَعودُ، ولم يذكرِ الخلافَ. وذكر القاضي في شرحِه مختصَرِ الطّحاويِّ أنّ على قولِ محمّدٍ

---

(١) في المخطوط: «في الإنفاق».

(٢) أخرجه البخاري في كتاب: المناقب، باب: إقامة المهاجر بمكة بعد قضاء نسكه، حديث (٣٩٣٣)، ومسلم في كتاب: الحج، باب: جواز الإقامة بمكة للمهاجر، حديث (١٣٥٢)، وأبو داود (٢٠٢٢)، والترمذي (٩٤٩)، والنسائي (١٤٥٥)، من حديث العلاء بن الحضرمي قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاث للمهاجر بعد الصدر».

(٣) في المخطوط: «ينتظر».

(٤) في المخطوط: «الإقامة».

تَعودُ [١]، وهو ظاهرُ الرِّوايةِ.

وعندَ أبي يوسفَ لا تَعودُ، وهذا إذا لم يكنِ اتَّخَذَ مكّةَ دارًا فأمَّا إذا اتَّخذَها دارًا ثمّ عاد لا تَعودُ النّفَقةُ في مالِ الآمِرِ بلا خلافٍ.

وجه قولِ أبي يوسفَ أنّه إذا نَوَى الإقامةَ خمسةَ عشرَ يومًا فصاعِدًا فقد انقَطَعَ حكمُ السّفَرِ فلا تَعودُ بعدَ ذلك كما لو اتَّخذَ مكّةَ دارًا.

(وجه ظاهرِ الروايةِ): أنّ الإقامةَ تركُ السّفَرِ لا قَطْعُها [٢]، والمتروكُ يَعودُ، فأمّا اتِّخاذُ مكّةَ دارًا والتّوَطُّنُ بها فهو قَطْعُ السّفَرِ، والمُنْقَطِعُ لا يَعودُ ولو تَعَجّلَ المأمورُ بالحجِّ ليكونَ شهرُ رمضانَ بمكّةَ، فدخل مُحْرِمًا في شهرِ رمضانَ أو في ذي القعدةِ فنَفَقَتُه في مالِ نفسِه إلى عَشْرِ الأضحَى فإذا جاء عَشْرُ الأضحَى أنْفَقَ من مالِ الآمِرِ كذا رَوَى هِشامٌ عن محمّدٍ؛ لأنّ المقام بمكّةَ قبلَ الوقتِ الذي يدخلُها النّاسُ لا يحتاجُ إليه لأداءِ المناسِكِ غالِبًا، فلا تكونُ هذه الإقامةُ مَأذونًا فيها كالإقامةِ بعدَ الفراغِ من الحجِّ أكثرَ من المُعتادِ، ولا يكونُ بما عَجَّلَ مُخالِفًا؛ لأنّ الآمِرَ ما عَيّن له وقتًا، والتِّجارةُ والإجارةُ لا يمنَعانِ جوازَ الحجِّ، ويجوزُ حَجُّ التّاجِرِ والأجيرِ والمُكاري، لقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة:١٩٨] قِيلَ: الفضلُ التِّجارةُ، وذلك أنّ أهلَ الجاهِليّةِ كانوا يتحَرَّجونَ من التِّجارةِ في عَشْرِ ذي الحِجّةِ، فلَمَّا كان الإسلامُ امتَنَعَ أهلُ الإسلامِ عن التِّجارةِ خَوْفًا من أنْ يَضُرَّ ذلك حَجَّهم، فرَخَّصَ اللَّه سبحانه وتعالى لهم طَلَبَ الفضْلِ في الحجِّ بهذه الآيةِ.

ورُوِيَ أنّ رجلًا سأل ابنَ عمرَ رضي الله عنه فقال: إنّا قَوْمٌ نُكْرى، ونَزْعُمُ أنّ ليس لَنا حَجٌّ فقال: أَلَستُم تُحرِمونَ؟ قالوا: بَلى قال: فأنْتُم حُجّاجٌ جاء رجلٌ إلى النّبيِّ ﷺ فسأله عَمّا سَألتَني عنه فقرأ هذه الآيةَ: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة:١٩٨][٣]؛ ولأنّ التِّجارةَ والإجارةَ لا يمنَعانِ من أركانِ الحجِّ وشَرائطِها، فلا يمنَعانِ من الجوازِ واللهُ أعلَمُ.

---

(١) في المخطوط: «يعود». (٢) في المخطوط: «قطعه».

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب: المناسك، باب: الكري، حديث (١٧٣٣)، وابن خزيمة (٤/ ٣٥٠)، و(٣٠٥١)، من حديث ابن عمر، وهو صحيح كما في صحيح أبي داود، والكراء: الإجارة، والمراد: يَسْتَأجِرُنا الحجاج للعمل لهم.

فصلٌ

وأمَّا بيانُ ما يُفسِدُ الحجَّ وبيانُ حكمِه إذا فسد.

[أمَّا الأوّلُ] (١) فالذي (يُفسِدُ الحجَّ) (٢). الجِماعُ لكنْ عندَ وُجودِ شرطِه، فيَقَعُ الكلامُ فيه في موضِعَيْنِ في بيانِ أنّ الجِماعَ يُفسِدُ الحجَّ في الجُمْلةِ، وفي بيانِ شرطِ كونِه مُفسِدًا.

أمَّا الأوّلُ فالدّليلُ عليه ما رُوِيَ عن جَماعةٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم أنّهم قالوا فيمَنْ جامع امرأتَه - وهما مُحْرِمانِ - مَضَيا في إحرامِهما وعليهِما هَدْيٌ ويقضيانِ من قابِلٍ ويَفْتَرِقانِ؛ ولأنّ الجِماعَ في نِهايةِ الارتِفاقِ بمرافِقِ المُقيمينَ، فكان في نِهايةِ الجِنايةِ على الإحرامِ، فكان مُفْسِدًا للإحرامِ.

وأمَّا شرطُ كونِه مُفسِدًا فشيئَانِ: أحدُهما: أنْ يكونَ الجِماعُ في الفرجِ حتّى لو جامع فيما دونَ الفرجِ أو لَمَسَ بشهوةٍ أو عانَقَ أو قَبَّلَ أو باشَرَ لا يَفْسُدُ حَجُّه؛ لانعِدامِ الارتِفاقِ البالِغِ لكنْ تَلْزَمُه الكفَّارةُ سَواءٌ أنزل أو لم يُنْزِلْ لوُجودِ استمتاعٍ مقصُودٍ على ما بَيّنّا فيما تقدَّمَ وفَرَّقْنا بين اللَّمْسِ والنّظَرِ عن شهوةٍ. ولو وطِئَ بَهيمةً [١/ ٢٧٠ب] لا يَفْسُدُ حَجُّه؛ لما قلنا ولا كفّارةَ عليه إلاَّ إذا أنزل لأنّه ليس باستمتاعٍ مقصُودٍ بخلافِ الجِماعِ فيما دونَ الفرجِ.

وأمَّا الوَطْءُ في الموضِعِ المكروه فأمَّا على أصلِهما يَفْسُدُ الحجُّ؛ لأنّه في معنى الجِماعِ في القُبُلِ عندَهما حتّى قالوا (٣) بوُجوبِ الحدِّ.

وعن أبي حنيفةَ فيه روايتانِ في روايةٍ يُفْسِدُ؛ لأنّه مثلُ الوَطْءِ في القُبُلِ في قضاءِ الشهوةِ، ويوجِبُ الاغتِسالَ من غيرِ إنزالٍ وفي روايةٍ لا يُفْسِدُ؛ لعَدَمِ كمالِ الارتِفاقِ؛ لقُصُورِ قضاءِ الشهوةِ فيه لسوءِ المحَلِّ، فأشبَهَ الجِماعَ فيما دونَ الفرجِ؛ ولِهذا قال محمّدٌ - رحمه الله -: إنّه لا يجبُ الحدُّ، والثّاني أنْ يكونَ قبلَ الوُقوفِ بعَرَفةَ فإنْ كان بعدَ الوُقوفِ بها لا يَفْسُدُ الحجُّ عندَنا(٤) وعندَ الشّافعيِّ هذا ليس بشرطٍ ويَفْسُدُ الحجُّ قبلَ

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «يفسده».
(٣) في المخطوط: «قالا».
(٤) انظر في مذهب الحنفية: الأصل للشيباني (٢/ ٤١٧، ٤١٨، ٤٧١)، مختصر الطحاوي ص (٦٧)، متن القدوري ص (٣٠)، المبسوط (٤/ ٥٧، ١١٨)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٤٤ - ٤٦).

الوُقوفِ وبعدَه(١).

وجه قولِه: أنّ الجِماعَ إنّما عُرِفَ مُفْسِدًا للحَجِّ لكونِه مُفْسِدًا للإحرامِ، والإحرامُ بعدَ الوُقوفِ باقٍ لبَقاءِ رُكْنِ الحجِّ - وهو طَوافُ الزِّيارةِ - ولا يُتَصَوّرُ بَقاءُ الرّكْنِ بدونِ الإحرامِ فصار الحالُ بعدَ الوُقوفِ كالحالِ قبلُ (٢).

(ولَنا): أنّ الرّكْنَ الأصليّ للحَجِّ هو الوُقوفُ بعَرَفةَ؛ لقولِ النّبيِّ ﷺ: «الحجُّ عَرَفةُ»(٣) أي: الوُقوفُ بعَرَفةَ، فمَنْ وقَفَ بعَرَفةَ فقد تَمَّ حَجُّه أخبر عن تَمامِ الحجِّ بالوُقوفِ، ومعلومٌ أنّه ليس المُرادُ منه التّمامَ الذي هو ضِدُّ النُّقْصانِ؛ لأنّ ذا لا يَثْبُتُ بنفسِ الوُقوفِ فعُلِمَ أنّ المُرادَ منه خُروجُه عن احتِمالِ الفسادِ والفواتِ، ولأنّ الوُقوفَ رُكْنٌ مُستقِلٌّ بنفسِه وُجودًا وصِحَّةً لا يَقِفُ وُجودُه وصِحَّتُه على الرّكْنِ الآخَرِ وما وُجِدَ ومَضَى على الصِّحَّةِ لا يَبْطُلُ إلاّ بالرِّدَّةِ، ولم توجَدْ وإذا لم يُفْسِدِ الماضيَ لا يُفْسِدُ الباقيَ؛ لأنّ فسادَه بفَسادِه [ولكنْ يلزَمُه بَدَنةٌ لما نذكرُه] (٤).

ويستَوِي في فسادِ الحجِّ بالجِماعِ الرّجُلُ والمرأةُ؛ لاستِوائِهما في المعنى الموجِبِ للفَسادِ، وهو ما بَيّنّا ولِما ذكرنا أنّ جَماعةً من الصّحابةِ رضي الله عنهم أفتَوْا بفَسادِ حَجِّهما حيث أوجَبوا القضاءَ عليهِما ويستَوِي فيه العامِدُ والخاطِئُ والذّاكِرُ والنّاسي عندَ أصحابِنا(٥).

وقال الشّافعيُّ: لا يُفْسِدُه الخطَأُ والنّسيانُ(٦). والكلامُ فيه بناءً على أصلٍ ذكرناه غيرَ مرّةٍ، وهو أنّ فسادَ الحجِّ لا يَثْبُتُ إلاّ بفعلٍ محظورٍ فزَعَمَ (٧) الشّافعيُّ أنّ الحظْرَ لا يَثْبُتُ

(١) مذهب الشافعية: أنه إذا جامع قبل الوقوف وجبت عليه بدنة. انظر: مختصر المزني ص (٦٩)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٣٨٤، ٣٨٥، ٤١٤)، فتح العزيز مع الوجيز (٧/ ٤٧١، ٤٧٢).

(٢) في المخطوط: «قبله». (٣) تقدم تخريجه.

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) انظر في مذهب الحنفية: الأصل (٢/ ٤٧٣)، متن القدوري ص (٣٠)، المبسوط (٤/ ١٢١)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٤٨، ٤٩)، البناية مع الهداية (٤/ ٢٧٧، ٢٧٨)، الاختيار (١/ ١٦٥)، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (١/ ٢٩٥).

(٦) مذهب الشافعية: أنه لا يفسد الجماع الحج إن كان ناسياً. انظر: حلية العلماء (٣/ ٢٥٧)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٣٣٩، ٣٤١ - ٣٤٣)، فتح العزيز مع الوجيز (٧/ ٤٧٨).

(٧) في المخطوط: «وعن».

مع الخطَإِ والنِّسيانِ، وقلنا نحنُ: يَثْبُتُ وإنّما المرفوعُ هو المُؤَاخَذةُ عليهِما على ما ذكرنا فيما تقَدَّمَ.

ويستَوِي فيه الطَّوْعُ والإكراه لأنّ الإكراهَ؛ لا يُزيلُ الحظْرَ، ولو كانتِ المرأةُ مُكْرَهةً فإنّها لا ترجِعُ بما لَزِمَها على المُكْرِه؛ لأنّه حَصَلَ لها استمتاعٌ بالجِماعِ فلا ترجِعُ على أحدٍ كالمغرورِ. إذا وطِئَ الجاريةَ ولَزِمَه الغرْمُ أنّه لا يرجعُ به على الغارِمِ كذا هذا.

ويستَوِي فيه كونُ المرأةِ المُحْرِمةِ مُستَيْقِظةً أو نائمةً حتّى يَفْسُد حَجُّها في الحالينِ سَواءٌ كان المُجامعُ لها مُحْرِمًا أو حَلالاً؛ لأنّ النّائمةَ في معنى النّاسيةِ، والنِّسيانُ لا يمنَعُ فسادَ الحجِّ كذا النّوْمُ، ويستَوِي فيه كونُ المُجامعِ عاقِلاً بالِغًا أو مجنونًا أو صَبيًّا بعدَ أنْ كانتِ المرأةُ المُحْرِمةُ عاقِلةً بالِغةً حتّى يَفْسُدَ حَجُّها؛ لأنّ التّمكينَ محظورٌ عليها.

وأمّا بيانُ حكمِه إذا فسد ففَسادُ الحجِّ يتعَلَّقُ (به أحكامٌ) [1]: منها وُجوبُ الشّاةِ عندَنا وقال الشّافعيُّ: وُجوبُ بَدَنةٍ.

وجه قوله: أنّ الجِماعَ بعدَ الوُقوفِ إنّما أوجب البدنةَ لتَغْليظِ الجِنايةِ، والجِنايةُ قبلَ الوُقوفِ أغْلَظُ؛ لوُجودِها حالَ قيامِ الإحرامِ المُطْلَقِ لبقاءِ رُكْنَي الحجِّ وبعدَ الوُقوفِ لم يَبْقَ إلاّ أحدُهما، فلَمّا وجبتِ البدنةُ بعدَ الوُقوفِ فلأَنْ تجبَ قبلَه أولى.

(ولَنا): ما رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه قال: البدنةَ [تجب] [2] في الحِجِّ في موضِعَيْنِ أحدُهما: إذا طافَ للزِّيارةِ جُنُبًا ورجع إلى أهلِه ولم يَعُدْ، والثّاني: إذا جامع بعدَ الوُقوفِ [3].

ورَوَيْنا عن جَماعةٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم أنّهم قالوا: وعليهِما هَدْيٌ واسمُ الهدْيِ وإنْ كان يَقَعُ على الغنَمِ والإبِلِ والبقَرِ لكنّ الشّاةَ أدنى، والأدنى مُتَيَقَّنٌ به فحَمْلُه على الغنَمِ أولى على أنّه رَوَيْنا عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه سُئلَ عن الهدْيِ فقال: **«أدناه شاةٌ»** [4] ويُجْزِئُ فيه شَرِكةٌ [5] في جَزورٍ أو، بَقرةٍ، لما رُوِيَ: «أنّ رسولَ اللّه ﷺ أشرَكَ بين أصحابه رضي الله عنهم في البُدْنِ عامَ الحُدَيْبيةِ فذَبَحوا البدنةَ عن سبعةٍ والبقرةَ عن

(١) في المخطوط: «بأحكام».
(٢) زيادة في المخطوط.
(٣) لم أقف عليه بهذا السياق.
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) في المخطوط: «شرك».

سبعةٍ»[١] واعتِبارُه بما قبلَ الوُقوفِ غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ الجِنايةَ قبلَ الوُقوفِ أخفُّ من الجِنايةِ بعدَه؛ لأنّ الجِماعَ قبلَ الوُقوفِ أوجب القضاءَ؛ لأنّه أوجب فسادَ الحجِّ، والقضاءُ خُلْفٌ عن الفائتِ، فيُجْبِرُ معنى الجِنايةِ فتَخِفُّ الجِنايةُ فيوجِبُ نُقْصانَ الموجِبِ، وبعدَ الوُقوفِ لا يُفْسِدُ الحجَّ عندَنا لما ذكرنا فلم يجبِ القضاءُ فلم يوجَدْ ما تجبُ [٢] به الجِنايةُ فبقيَتْ مُتَغَلِّظةً فتَغَلَّظَ الموجِبُ.

ولو جامع قبلَ الوُقوفِ بعَرَفةَ ثمّ جامع، فإنْ كان [١/ ٢٧١أ] في مجلسٍ لا يجبُ عليه إلاّ دَمٌ واحِدٌ استحسانًا. والقياسُ أنْ يجبَ عليه لكُلِّ واحِدٍ دَمٌ على حِدةٍ؛ لأنّ سببَ الوُجوبِ [٣] قد تكَرَّرَ فتكَرَّرَ الواجبُ إلاّ أنّهم استحسَنوا فما أوجَبوا إلاّ دَمًا واحِدًا؛ لأنّ أسبابَ الوُجوبِ اجتمعتْ في مجلسٍ واحِدٍ من جِنْسٍ واحِدٍ فيُكْتفى بكفّارةٍ واحِدةٍ؛ لأنّ المجلسَ الواحِدَ يَجْمَعُ الأفعالَ المُتفرِّقةَ كما يَجْمَعُ الأقوالَ المُتفرِّقةَ كإيلاجاتٍ [٤] في جِماعٍ واحِدٍ أنّها لا توجِبُ إلاّ كفّارةً واحِدةً، وإنْ كان كُلُّ إيلاجةٍ لو انفردَتْ أوجبتِ الكفَّارةَ كذا هذا.

وإنْ كان في مجلسَيْنِ مختلِفَيْنِ يجبُ دَمانِ في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ.

وقال محمّدٌ: يجبُ دَمٌ واحِدٌ إلاّ إذا كان كفَّرَ للأوّلِ كما في كفّارةِ الإفطارِ في شهرِ رمضانَ.

(وجه قولِ محمّدٍ): أنّ الكفَّارةَ إنّما وجبتْ بالجِماعِ الأوّلِ جَزاءً لهَتْكِ حُرْمةِ الإحرامِ، والحُرْمةُ حُرْمةٌ واحِدةٌ إذا انهَتَكَتْ مرّةً لا يُتَصَوَّرُ انهِتاكُها ثانيًا كما في صومِ شهرِ رمضانَ، وكما إذا جامع ثمّ جامع في مجلسٍ واحِدٍ، وإذا كفَّرَ فقد جَبَرَ الهتْكَ فالتَحَقَ بالعدَمِ وجُعِلَ كأنّه لم يوجَدْ فلم يتحقَّقِ الهتْكُ ثانيًا.

(ولهما): أنّ الكفَّارةَ تجبُ بالجِنايةِ على الإحرامِ وقد تَعَدَّدَتِ الجِنايةُ فيتعَدَّدُ الحكمُ -

(١) أخرجه البخاري في كتاب: الحج، باب: الاشتراك في الهدي، حديث (١٣١٨). وأبو داود (٢٨٠٩)، والترمذي (٩٠٤)، وابن ماجه (٣١٣٢)، والنسائي في الكبرى (٢/ ٤٥١)، (٤١٢٢)، والبيهقي في السنن (٥/ ١٦٨)، (٩٥٧٢)، والشافعي في مسنده ص (٢١٧)، من حديث جابر بن عبد الله، وفيه: نحرنا مع رسول الله ﷺ بالحديبية البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة.

(٢) في المخطوط: «نجد».

(٣) في المخطوط: «الواجب».

(٤) في المخطوط: «كالإيلاجات».

وهو الأصلُ - إلاَّ إذا قام دليلٌ يوجِبُ جَعلَ الجِناياتِ المُتَعَدِّدةِ [١] حقيقةً مُتَّحِدةً حكمًا - وهو اتِّحادُ المجلسِ - ولم يوجَدْ ههنا بخلافِ (الكفَّارةِ للصَّوْمِ) [٢] فإنّها لا تجبُ بالجِنايةِ على الصّومِ بل جَبْرًا لهَتْكِ حُرْمةِ الشهرِ على ما ذكرناه فيما تقَدَّمَ ولا يجبُ عليه في الجِماعِ الثّاني إلاَّ شاةً [واحِدةً] [٣]؛ لأنّ الأوّلَ لم يوجب إلاَّ شاةً [واحِدةً] [٤] فالثّاني أولى؛ لأنَّ الأوّلَ صادَفَ إحرامًا صحيحًا، والثّاني صادَفَ إحرامًا مجروحًا فلَمَّا لم (يجبْ للأوّلِ) [٥] إلاَّ شاةٌ واحِدةٌ فالثّاني أولى. ولو جامع بعدَ الوُقوفِ بعَرَفةَ ثمّ جامع إنْ كان في مجلسٍ واحِدٍ، لا يجبُ عليه إلاَّ بَدَنةٌ واحِدةٌ وإنْ كان في مجلسَيْنِ يجبُ عليه بَدَنةٌ للأوّلِ ولِلثّاني شاةٌ على قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ.

وعلى قولِ محمّدٍ إنْ كان ذَبَحَ للأوّلِ بَدَنةً يجبُ للثّاني شاةٌ وإلاَّ فلا يجبُ، وهو على ما ذكرنا من الاختِلافِ فيما قبلَ الوُقوفِ هذا إذا لم يُرِدْ بالجِماعِ بعدَ الجِماعِ رَفْضَ الإحرامِ فأمَّا إذا أرادَ به رَفْضَ الإحرامِ، والإحلالِ فعليه كفّارةٌ واحِدةٌ في قولِهم جميعًا سَواءٌ كان في مجلسٍ واحِدٍ أو في مَجالِسَ مختلِفةٍ، لأنّ الكُلَّ مفعولٌ على وجهٍ واحِدٍ فلا يجبُ بها إلاَّ كفّارةٌ واحِدةٌ كالإيلاجاتِ في الجِماعِ الواحِدِ.

وَمنها: وُجوبُ المُضيِّ في الحجَّةِ الفاسِدةِ لقولِ جَماعةٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم يمضيا [٦] في إحرامِهما، ولأنّ الإحرامَ عَقْدٌ لازِمٌ لا يجوزُ التّحَلُّلُ عنه إلاَّ بأداءِ أفعالِ الحجِّ أو لضرورةِ الإحصارِ ولم يوجَدْ أحدُهما، فيلزَمُه المُضيُّ فيه فيَفْعَلُ جميعَ ما يَفْعَلُه في الحجَّةِ الصّحيحةِ ويَجْتَنِبُ جميعَ ما يَجْتَنِبُه في الحجَّةِ الصّحيحةِ.

وَمنها: وُجوبُ القضاءِ؛ لقولِ الصّحابةِ رضي الله عنهم يقضيانِه [٧] من قابِلٍ؛ ولأنّه لم يَأتِ بالمأمورِ به على الوجه الذي أُمِرَ به؛ لأنّه أُمِرَ بحَجٍّ خالٍ عن الجِماعِ، ولم يَأتِ به فبَقِيَ الواجبُ في ذِمَّتِه فيلزَمُه تفريغُ ذِمَّتِه عنه، ولا يجبُ عليه العُمْرةُ؛ لأنّه ليس بفائتِ الحجِّ ألا ترى أنّه لم تسقُطْ [٨] عنه أفعالُ الحجِّ بخلافِ المُحْصَرِ إذا حَلَّ من إحرامِه بذَبْحِ

---

(١) في المخطوط: «المتفرقة».
(٢) في المخطوط: «كفارة الصوم».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «يوجب الأول».
(٦) في المخطوط: «مضيا».
(٧) في المخطوط: «ويقضيان».
(٨) في المخطوط: «يسقط».

الهدْيِ أنه يجبُ عليه قضاءُ الحجَّةِ والعُمْرةِ أمَّا قضاءُ الحجَّةِ فظاهرٌ، وأمَّا قضاءُ العُمْرةِ فلِفَواتِ الحجِّ في (ذلك العامِ) (١).

وهل يلزَمُهما الافتِراقُ في القضاءِ؟ قال أصحابُنا الثّلاثةُ: لا يلزَمُهما ذلك لكنّهما إنْ خافا المُعاوَدةَ يُستَحَبُّ لهما أنْ يَفْتَرِقا(٢).

وقال زُفَرُ ومالِكٌ والشّافعيُّ(٣): يَفْتَرِقانِ، واحتَجُّوا بما رَوَيْنا من قولِ جَماعةٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم (٤) يَفْتَرِقانِ؛ ولأنّ الاجتِماعَ فيه خَوْفُ الوُقوعِ في الجِماعِ ثانيًا فيجبُ التّحَرُّزُ عنه بالافتِراقِ ثمّ اختلفوا في مكانِ الافتِراقِ قال مالِكٌ: إذا خرجا من بَلَدِهِما يَفْتَرِقانِ حَسمًا للمادَّةِ. وقال الشّافعيُّ: إذا بَلَغا الموضِعَ الذي جامعها فيه(٥)؛ لأنّهما يتذَكّرانِ (٦) ذلك فربَّما يقَعانِ فيه وقال زُفَرُ: يَفْتَرِقانِ عندَ الإحرامِ لأنّ الإحرامِ؛ هو الذي حَظَرَ عليه الجِماعَ. فأمَّا قبلَ ذلك فقد كان مُباحًا[له] (٧).

(ولَنا): أنّهما زَوْجانِ، والزّوْجيّةُ عِلّةُ الاجتِماعِ لا الافتِراقِ. وأمَّا ما ذَكَروا من خَوْفِ الوُقوعِ، يَبْطُلُ بالابتِداءِ فإنّه لم يجبِ الافتِراقُ (في الابتِداءِ) (٨) مع خَوْفِ الوُقوعِ، وقولُ الشّافعيِّ: (يتذَكَّرانِ (٩) ما فعَلا فيه) فاسِدٌ؛ لأنهما قد يتذَكَّرانِ (١٠)، وقد لا يتذَكَّرانِ (١١) إذْ ليس (١٢) كُلُّ مَنْ يَفْعَلُ فعلاً في مكان يتذَكَّرُ ذلك الفعلَ إذا وصل إليه، ثمّ إنْ كانا

---

(١) في المخطوط: «عامه ذلك».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: الأصل (٢/ ٤٧١، ٤٧٢)، الجامع الصغير ص (١٥٦)، مختصر الطحاوي ص (٦٧)، متن القدوري ص (٣٠)، المبسوط (٤/ ١١٨، ١١٩)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٤٥، ٤٦)، البناية مع الهداية (٤/ ٢٧٣ - ٢٧٥).

(٣) في بيان مذهب الشافعية: قال النووي: وهل التفريق واجب أم مستحب، فيه قولان عندنا: أصحهما مستحب. انظر: حلية العلماء (٣/ ٢٦٧)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٣٨٤، ٣٨٥، ٣٩٩، ٤١٥).

(٤) زاد في المخطوط: «و».

(٥) مذهب الشافعية: أنه من أفسدا حجهما بالجماع إذا خرجا للقضاء معاً، استحب أن يفترقا من حين الإحرام فإذا وصلا إلى الموضع الذي أصابها فيه فقولان أحدهما في الجديد: لا يجب المفارقة، والآخر في القديم: يجب وقال الماوردي في الحاوي: إنهما إذا أحرما بالقضاء وبلغا الموضع الذي وطئها فيه فرق بينهما. انظر: الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٠)، المهذب (٢/ ٧٣٧)، روضة الطالبين (٣/ ١٤١).

(٦) في المخطوط: «يتذاكران».

(٧) زيادة من المخطوط.

(٨) في المخطوط: «بالابتداء».

(٩) في المخطوط: «يتذاكران».

(١٠) في المخطوط: «يتذاكران».

(١١) في المخطوط: «يتذاكران».

(١٢) في المخطوط: «لا».

يتذَكّرانِ [١] ما فعَلا فيه يتذَكّرانِ [٢] ما لَزِمَهما من وبالِ فعلِهما فيه أيضًا فيمنَعُهما ذلك عن الفعلِ.

ثمّ يَبْطُلُ هذا بلُبْسِ المخيطِ والتّطَيُّبِ فإنّه إذا لَبِسَ المِخيطَ [١/ ٢٧١ب] أو تَطَيّبَ حتّى لَزِمَه الدّمُ يُباحُ له إمساكُ الثّوبِ المخيطِ والتّطَيُّبِ [٣]، وإنْ كان ذلك يُذَكِّرُه لُبْسَ المخيطِ والتّطَيُّبِ، فدَلّ أنّ الافتِراقَ ليس بلازِمٍ لكنّه مندوبٌ إليه ومُستَحَبٌّ عندَ خَوْفِ الوُقوعِ فيما وقَعا فيه، وعلى هذا يُحمَلُ قولُ الصّحابةِ رضي الله عنهم: يَفْتَرِقانِ، واللّه الموَفّقُ.

. هذا إذا كان مُفْرِدًا بالحجّ، فَأَمّا إذا كان قارِنًا، فالقارِنُ إذا جامع فإنْ كان قبلَ الوُقوفِ وقبلَ الطّوافِ للعُمْرةِ أو قبلَ الكثْرةِ [٤] فسدتْ عُمْرَتُه وحَجّتُه، وعليه دَمانِ لكُلِّ واحِدٍ منهما شاةٌ، وعليه المُضيُّ فيهِما وإتمامُهما على الفسادِ وعليه قضاؤُهما ويسقُطُ عنه دَمُ القرانِ.

أمّا فسادُ العُمْرةِ فلِوُجودِ الجِماعِ قبلَ الطّوافِ وأنّه مُفْسِدٌ للعُمْرةِ كما في حالِ الانفِرادِ. وأمّا فسادُ الحجّةِ [٥]؛ فلِحُصُولِ الجِماعِ قبلَ الوُقوفِ بعَرَفةَ وأنّه مُفْسِدٌ للحَجّ كما في حالِ الانفِرادِ، وأمّا وُجوبُ الدّمَيْنِ فلأنّ القارِنَ مُحْرِمٌ بإحرامَيْنِ عندَنا، فالجِماعُ حَصَلَ جِنايةً على إحرامَيْنِ فأوجب نَقْصًا في العِبادَتَيْنِ [٦] فيوجِبُ كفّارَتَيْنِ كالمُقيمِ إذا جامع في رمضانَ. وأمّا لُزومُ المُضيِّ فيهِما فلِما ذكرنا أنّ وُجوبَ الإحرامِ عَقْدٌ لازِمٌ، وأمّا وُجوبُ قضائهِما؛ فلإفسادِهِما فيقتضي [٧] عُمْرةً مَكان عُمْرةٍ وحَجّةً مَكان حَجّةٍ.

وأمّا سُقوطُ دَمِ القرانِ عنه؛ فلأنّه أفسدهما، والأصلُ أنّ القارِنَ إذا فسد حَجُّه وعُمْرَتُه أو أفسد [٨] أحدَهما يسقُطُ عنه دَمُ القرانِ؛ لأنّ وُجوبَه ثبت شُكْرًا لنِعمةِ الجمعِ بين القربَتَيْنِ وبالفسادِ بَطَلَ معنى القربةِ فسَقَطَ الشُّكْرُ.

ولو جامع بعدَ ما طافَ لعُمْرَتِه أو طافَ أكثرَه - وهو أربعةُ أشواطٍ - أو بعدَ ما طافَ لها وسَعَى قبلَ الوُقوفِ بعَرَفةَ فسدتْ حَجّتُه ولا تفسُدُ عُمْرَتُه أمّا فسادُ حَجّتِه فلِما ذكرنا وهو

---

(١) في المخطوط: «يتذاكران».
(٢) في المخطوط: «يتذاكران».
(٣) في المخطوط: «والطيب».
(٤) في المخطوط: «أكثره».
(٥) في المخطوط: «الحج».
(٦) في المخطوط: «عبادتين».
(٧) في المخطوط: «فيقضي».
(٨) في المخطوط: «فسد».

حُصُولُ الجِماعِ قبلَ الوُقوفِ بعَرَفةَ. وأمَّا عَدَمُ فسادِ عُمْرَتِه فلِحُصُولِ الجِماعِ بعدَ وُقوعِ الفراغِ من رُكْنِها فلا يوجِبُ فسادَها كما في حالِ الانفِرادِ، وعليه دَمانِ: أحدُهما لفَسادِ الحجَّةِ بالجِماعِ، والآخَرُ لوُجودِ الجِماعِ في إحرامِ العُمْرةِ؛ لأنّ إحرامَ العُمْرةِ باقٍ [عليه] (١)، وعليه المُضيُّ فيهِما وإتمامُهما لما ذكرنا، وعليه قضاءُ الحجِّ دونَ العُمْرةِ؛ لأنّ الحجَّةَ هي التي فسدتْ دونَ العُمْرةِ، ويسقُطُ عنه دَمُ القرانِ (٢)؛ لأنّه فسد أحدُهما وهو الحجُّ.

ولو جامع بعدَ طَوافِ العُمْرةِ وبعدَ الوُقوفِ بعَرَفةَ فلا يَفْسُدُ حَجُّه ولا عُمْرَتُه أمَّا عَدَمُ فسادِ الحجِّ؛ فلأنّ الجِماعَ وُجِدَ بعدَ الوُقوفِ بعَرَفةَ وإنّه لا يُفْسِدُ الحجَّ. وأمَّا عَدَمُ فسادِ العُمْرةِ؛ فلأنّه جامع بعدَ الفراغِ من رُكْنِ العُمْرةِ، وعليه إتمامُها لأنّه لَمَّا وجب إتمامُها على الفسادِ فعلى الصِّحَّةِ والجوازُ أولى، وعليه بَدَنةٌ وشاةٌ، البدنةُ لأجلِ الجِماعِ بعدَ الوُقوفِ، والشّاةُ لأنّ الإحرامَ للعُمْرةِ باقٍ، والجِماعُ في إحرامِ العُمْرةِ يوجِبُ الشّاةَ، وههنا لا يسقُطُ عنه دَمُ القرانِ؛ لأنّه لم يوجَدْ فسادُ الحجِّ والعُمْرةِ ولا فسادُ أحدِهما، فأمكَنَ إيجابُ الدّمِ شُكْرًا، فإنْ جامع مرّةً بعدَ أُخرى فهو على ما ذكرنا من التّفْصيلِ في المُفْرِدِ بالحجِّ أنّه إنْ كان في مجلسٍ واحِدٍ فلا يجبُ عليه غيرُ ذلك، وإنْ كان في مجلسٍ آخَرَ، فعليه دَمانِ على الاختِلافِ الذي ذكرنا. فإنْ جامع أوّلَ مرّةٍ بعدَ الحلْقِ قبلَ الطّوافِ للزّيارةِ فعليه بَدَنةٌ وشاةٌ؛ لأنّ القارِنَ يتحَلّلُ من الإحرامَيْنِ مَعًا ولم يَحِلَّ له النِّساءُ بعدَ إحرامِ الحجَّةِ فكذا في إحرامِ العُمْرةِ كما يَقَعُ له التّحَلُّلُ [١/ ٢٧٢أ] من [غيرِ] (٣) النِّساءِ بالحلْقِ فيهِما جميعًا.

ولو جامع بعدَ ما طاف طَوافَ الزِّيارةِ كُلَّه أو أكثرَه، فلا شيءَ عليه لأنّه قد حَلَّ له النِّساءُ فلم يَبْقَ له الإحرامُ رأسًا إلاّ إذا طاف طَوافَ الزِّيارةِ قبلَ الحلْقِ والتّقْصيرِ، فعليه شاتانِ لبَقاءِ الإحرامِ لهما جميعًا. ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ في الرّقّيّاتِ فيمَنْ طاف طَوافَ الزِّيارةِ جُنُبًا أو على غيرِ وضوءٍ وطاف أربعةَ أشواطٍ طاهرًا، ثمّ جامع النِّساءَ قبل أنْ يُعيدَه قال محمّدٌ: أمَّا في القياسِ فلا شيءَ، ولكنّ أبا حنيفةَ استحسَنَ فيما إذا طاف جُنُبًا ثمّ

(١) ليست في المخطوط.
(٢) اضطرب السياق في المخطوط هاهنا، وفيه تكرار.
(٣) ليست في المخطوط.

جامع ثمّ أعاده طاهرًا أنّه يوجِبُ عليه دَمًا وكذا [١] قولُ أبي يوسفَ وقولُنا: وجه القياسِ: أنّه قد صَحَّ من مذهبِ أصحابِنا أنّ الطّهارةَ ليستْ بشرطٍ لجوازِ الطّوافِ، وإذا لم تَكُنْ شرطًا فقد وقَعَ التّحَلُّلُ بطَوافِه، والجِماعُ بعدَ التّحَلُّلِ من الإحرامِ لا يوجِبُ الكفَّارةَ.

(وجه الاستحسانِ): أنّه إذا أعاده - وهو طاهرٌ - فقد انفَسَخَ الطّوافُ الأوّلُ على طَريقِ بعضِ مشايِخِ العِراقِ وصار طَوافُه المُعتَبَرُ هو الثّاني؛ لأنّ الجِنابةَ [٢] توجِبُ نُقْصانًا فاحِشًا، فتَبيَّنَ أنّ الجِماعَ كان حاصِلاً قبلَ الطّوافِ فيوجِبُ الكفَّارةَ بخلافِ ما إذا طافَ على غيرِ وضوءٍ؛ لأنّ النُّقْصانَ هناك يسيرٌ فلم يَنْفَسِخِ الأوّلُ فبَقيَ [٣] جِماعُه بعدَ التّحَلُّلِ، فلا يوجِبُ الكفَّارةَ. وذكر ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ في الرّقّيّاتِ فيمَنْ طافَ أربعةَ أشواطٍ من طَوافِ الزِّيارةِ في جَوْفِ الحِجْرِ، أو فعل ذلك في طَوافِ العُمْرةِ ثمّ جامع أنّه تفسُدُ العُمْرةُ، وعليه عُمْرةٌ مَكانها وعليه في الحجِّ بَدَنةٌ؛ لأنّ الرّكْنَ في الطّوافِ أكثرُ الأشواطِ - وهو أربعةٌ - فإذا طافَ في جَوْفِ الحِجْرِ فلم يَأتِ بأكثرِ الأشواطِ فحَصَلَ الجماعُ قبلَ الطّوافِ، ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ فيمَنْ فاتَه الحجُّ فجامع أنّه يمضي على إحرامِه وعليه دَمٌ للجِماعِ، والقضاءُ للفَواتِ.

أمّا وُجوبُ المُضيِّ فلِبَقاءِ الإحرامِ وأمّا وُجوبُ الدّمِ بالجِماعِ فلِوُجودِ الجِماعِ في الإحرامِ، وليس عليه قضاءُ العُمْرةِ؛ لأنّ هذا تَحَلُّلٌ بمثلِ أفعالِ العُمْرةِ، وليس بعُمْرةٍ بل هو بَقيّةُ أفعالِ (حَجٍّ قد وجب) [٤] قضاؤُه بخلافِ العُمْرةِ المُبْتَدَأةِ، واللهُ أعلَمُ.

وَأمّا المُتَمَتِّعُ إذا جامع فحكمُه حكمُ المُفْرِدُ بالحجِّ (والمُفْرِدِ بالعُمْرةِ) [٥]؛ لأنّه يُحْرِمُ بعُمْرةٍ أوّلاً ثمّ يُحْرِمُ بحَجَّةٍ، وقد ذكرنا حكمَ المُفْرِدِ بالحجَّةِ، وسَنذكرُ - إنْ شاء اللَّه تعالى - حكمَ المُفْرِدِ بالعُمْرةِ في موضِعِه.

* * *

---

(١) في المخطوط: «كذلك».
(٢) في المطبوع: «الجناية».
(٣) في المخطوط: «فيقع».
(٤) في المخطوط: «حجة فيوجب».
(٥) في المخطوط: «والعمرة».

فصل [في بيان ما يفوت الحج بعد الشروع فيه]

وأمَّا بيانُ ما يُفوِّتُ الحجَّ بعدَ الشُّروعِ فيه بفَواتِه وبيانُ حكمِه إذا فاتَ [بعدَ الشُّروعِ فيه] (١)، فالحجُّ بعدَ الشُّروعِ فيه لا يَفوتُ إلاَّ بفَواتِ الوُقوفِ بعَرَفةَ؛ لقولِ النّبيِّ ﷺ «الحجُّ عَرَفةُ» (٢) فمَنْ وقَفَ بعَرَفةَ فقد تَمَّ حَجُّه، والاستدلالُ به من وجهينِ:

أحدُهما: أنّه جعل الحجَّ الوُقوفَ بعَرَفةَ فإذا وُجِدَ فقد وُجِدَ الحجُّ والشّيءُ الواحِدُ في زَمانٍ واحِدٍ لا يكونُ موجودًا وفائتًا.

والثّاني: أنّه جعل تَمامَ الحجِّ الوُقوفَ بعَرَفةَ، وليس المُرادُ منه التّمامَ - الذي هو ضِدُّ النُّقْصانِ - لأنّ ذلك لا يَثْبُتُ بالوُقوفِ وحْدَه، فيَدُلُّ أنّ المُرادَ منه خُروجُه عن احتِمالِ الفواتِ.

وقولُ النّبيِّ ﷺ: «مَنْ أدركَ عَرَفةَ بليلٍ فقد أدركَ الحجَّ ومَنْ فاتَه عَرَفةُ بليلٍ فقد فاتَه الحجُّ» (٣) جعل مُدْرِكَ الوُقوفِ بعَرَفةَ مُدْرِكًا للحَجِّ، والمُدْرَكُ لا يكونُ فائتًا.

وَأمَّا حكمُ فواتِه بعدَ الشُّروعِ فيه فيتعَلَّقُ بفَواتِه بعدَ الشُّروعِ فيه أحكامٌ:

منها: أنّه يتحَلَّلُ من إحرامِه بعَمَلِ العُمْرةِ، وهو الطّوافُ بالبيتِ والسّعيُ بين الصّفا والمروةِ والحلْقُ أو التّقْصيرُ إنْ كان مُفْرِدًا بالحجِّ، ويجبُ عليه ذلك لما رَوَى الدّارَقُطْنيّ بإسنادِه عن عبدِ اللَّه بنِ عبّاسٍ وعبدِ اللَّه بنِ عمرَ رضي الله عنهم عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «مَنْ فاتَه عَرَفةُ بليلٍ فقد فاتَه الحجُّ فلْيَحِلَّ بعُمْرةٍ من غيرِ دَمٍ وعليه الحجُّ من قابِلٍ» (٤).

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) سبق تخريجه. (٣) سبق تخريجه.

(٤) ورد من حديث ابن عباس رواه الدارقطني (٢/ ٢٤١)، حديث (٢٢)، بلفظ: «من أدرك عرفات فوقف بها والمزدلفة، فقد تم حجه، ومن فاته عرفات فقد فاته الحج، فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل»، وفي إسناده: يحيى بن عيسى النهشلي، قال عنه النسائي: ليس بالقوي. وقال ابن حبان في الضعفاء: كان ممن ساء حفظه وكثر وهمه حتى خالف الأثبات، فبطل الاحتجاج به، ثم أسند عن ابن معين أنه قال: كان ضعيفاً ليس بشيء، وفيه أيضاً: ابن أبي ليلى، واسمه محمد بن عبدالرحمن، وهو ضعيف لسوء حفظه، وبه أعله ابن عبدالهادي في التنقيح (٢/ ١٣٠/ ١)، لذا ضعفه الشيخ الألباني في الإرواء. وانظر نصب الراية (٣/ ١٤٥)، وإرواء الغليل (٤/ ٣٤٦)، حديث (١١٣٤).

ومن حديث ابن عمر، رواه الدارقطني أيضاً (٢/ ٢٤١)، حديث (٢١)، وقال: فيه رحمة بن مصعب:

وعن عمرَ وزَيْدِ بنِ ثابتٍ وعبدِ اللَّه بنِ عبّاسٍ رضي الله عنهم أنّهم قالوا فيمَنْ فاتَه الحجُّ: يُحِلُّ بعَمَلِ العُمْرةِ من غيرِ هَدْيٍ، وعليه الحجُّ من قابِلٍ[١].

ثمّ اختلف أصحابُنا فيما يتحَلَّلُ به فائتُ الحجِّ من الطّوافِ أنّه يلزَمُه ذلك بإحرامِ الحجِّ أو بإحرامِ العُمْرةِ.

قال أبو حنيفةَ ومحمّدٌ: بإحرامِ الحجِّ. وقال أبو يوسفَ: بإحرامِ العُمْرةِ، ويَنْقَلِبُ إحرامُه إحرامَ عُمْرةٍ، واحتَجَّ بقولِ النّبيِّ ﷺ في حديثِ الدّارَقُطْنيّ «فلْيُحِلَّ بعُمْرةٍ»[٢] سَمَّاه عُمْرةً ولا عُمْرةَ إلاّ بإحرامِ العُمْرةِ، فدَلَّ أنّ إحرامَه يَنْقَلِبُ إحرامَ عُمْرةٍ، ولأنّ المُؤَدَّى أفعالُ العُمْرةِ، فكانتْ عُمْرةً.

ولهما قولُ الصّحابةِ رضي الله عنهم: يُحِلُّ بعَمَلِ العُمْرةِ، أضافَ العملَ إلى العُمْرةِ، والشّيءُ لا يُضافُ إلى نفسِه، هو الأصلُ، ولأنّه أحرم بالحجِّ لا بالعُمْرةِ حقيقةً؛ لأنّه [١/ ٢٧٢ب] مُفْرِدٌ بالحجِّ، واعتِبارُ الحقيقةِ أصلٌ في الشّرعِ[٣]، فالقولُ بانقِلابِ إحرامِ الحجِّ إحرامَ العُمْرةِ تَغْييرُ الحقيقةِ من غيرِ دليلٍ مع أنّ الإحرامَ عَقْدٌ لازِمٌ لا يحتَمِلُ الانفِساخَ، وفي الانقِلابِ انفِساخٌ، وهذا لا يجوزُ.

والدّليلُ على صِحَّةِ ما ذكرنا أنّ فائتَ الحجِّ لو كان من أهلِ مكّةَ يتحَلَّلُ بالطّوافِ كما يتحَلَّلُ أهلُ الآفاقِ، ولا يلزَمُه الخروجُ إلى الحِلِّ. ولو انقَلَبَ إحرامُه إحرامَ عُمْرةٍ وصار مُعتَمِرًا للَزِمَه الخروجُ إلى الحِلِّ. وهو التّنْعيمُ أو غيرُه.

وكذا فائتُ الحجِّ إذا جامع ليس عليه قضاءُ العُمْرةِ، ولو كان عُمْرةً لَوَجَبَ عليه قضاؤُه كالعُمْرةِ المُبْتَدَأةِ فيَثْبُتُ بما ذكرنا من الدّلائلِ أنّ إحرامَه بالحجِّ لم يَنْقَلِبْ إحرامَ عُمْرةٍ، وبه تُبيِّنَ أنّ المُؤَدَّى ليس أفعالَ العُمْرةِ بل مثلَ أفعالِ العُمْرةِ تُؤَدَّى بإحرامِ الحجَّةِ، والحديثُ

ضعيف. ولم يأت به غيره. قلت: ولفظه عنده عن ابن عمر: «من وقف بعرفات بليل فقد أدرك الحج، ومن فاته عرفات بليل، فقد فاته الحج، فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل». قلت: وأورده الذهبي في الميزان (٢/ ٢٧٦٦)، وفيه رحمة بن مصعب: قال عنه ابن معين: ليس بشيء. وعبدالرحمن بن أبي ليلى: ضعيف. وداود بن جبير: مجهول الحال. وضعفه أيضاً الشيخ الألباني في الإرواء (٤/ ٣٤٦)، حديث (١١٣٤)، وانظر نصب الراية (٣/ ١٤٥).

(١) انظر هذه الآثار في: نصب الراية (٣/ ١٤٦)، وشرح معاني الآثار (٢/ ٢٥٠، ٢٥١).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) في المخطوط: «الشريعة».

محمولٌ على عَمَلِ العُمْرةِ تَوْفيقًا بين الدّليلينِ.

وَمنها: أنّ (عليه الحجَّ) [١] من قابِلٍ، لما رَوَيْنا من الحديثِ وقولِ الصّحابةِ رضي الله عنهم، ولأنّه إذا فاتَه الحجُّ من هذه السّنةِ بعدَ الشُّروعِ فيه بَقيَ الواجبُ عليه على حالِه فيلزَمُه الإتيانُ به، ولا دَمَ على فائتِ الحجِّ عندَنا[٢] وقال الحسَنُ بنُ زيادٍ عليه دَمٌ، وبه أخذ الشّافعيُّ[٣].

(وجه قولِ الحسَنِ): أنّه يتحَلَّلُ قبلَ وقتِ التّحَلُّلِ فيلزَمُه دَمٌ كالمُحْصَرِ.

(ولَنا): ما رُوِيَ عن جَماعةٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم أنّهم قالوا (فيمَنْ فاتَه) [٤] الحجُّ: يُحِلُّ بعُمْرةٍ من غيرِ هَدْيٍ [٥]. وكذا في حديثِ الدّارَقُطْنيّ جعل النّبيُّ ﷺ التّحَلُّلَ والحجَّ من قابِلٍ كُلَّ الحكمِ في فائتِ الحجِّ بقولِه **«مَنْ فاتَه الوُقوفُ بعَرَفةَ بليلٍ فقد فاتَه الحجُّ ولْيُحِلَّ بعُمْرةٍ وعليه الحجُّ من قابِلٍ»** [٦] فمَنِ ادَّعَى زيادةَ الدّمِ فقد جعل الكُلَّ بعضًا - وهو نَسخٌ أو تَغْييرٌ - فلا بُدَّ له من دليلٍ.

وقولُه: (تَحَلَّلْ قبلَ الوُقوفِ) [٧] مُسَلَّمٌ لكنْ بأفعالِ العُمْرةِ وهو فائتُ الحجِّ، والتّحَلُّلُ بأفعالِ العُمْرةِ من فائتِ الحجِّ كالهدْيِ في حَقِّ المُحْصَرِ، وليس على فائتِ الحجِّ طَوافُ الصّدْرِ؛ لأنّه طَوافٌ عُرِفَ وُجوبُه في الشّرعِ بعدَ الفراغِ من الحجِّ على ما قال النّبيُّ ﷺ **«مَنْ حَجَّ هذا البيتَ فلْيكنْ آخِرَ عَهْدِه به الطّوافُ»**[٨] وهذا لم يَحُجَّ فلا يجبُ عليه.

---

(١) في المخطوط: «يَحُجَّ».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: كتاب الحجة (٢/ ٣٣٠ - ٣٣٥)، مختصر الطحاوى ص ٧٢، فتح القدير مع الهداية (٣/ ١٣٥ - ١٣٧)، البناية مع الهداية (٤/ ٤١٣ - ٤١٥)، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (١/ ٢٨٤، ٢٨٥).

(٣) مذهب الشافعية: أن الهدي يلزم من فاته الحج، انظر: الأم (٢/ ١٦٦)، مختصر المزني ص ٧٠، حلية العلماء (٣/ ٣٠٥، ٣٠٦)، المجموع شرح المهذب (٨/ ٢٨٥ - ٢٨٧، ٢٩٠، ٢٩١).

(٤) في المخطوط: «في فائت».

(٥) في المخطوط: «دم».

(٦) أخرجه الترمذي، كتاب: الحج، باب: ما جاء فيمن أدرك الإمام بجمع فقد أدرك الحج، برقم (٨٨٩)، والحديث صححه الألباني في صحيح جامع الترمذي.

(٧) في المخطوط: «الوقت».

(٨) رواه البخاري، كتاب الحج، باب: طواف الوداع، حديث (١٧٥٥)، ومسلم، كتاب الحج، باب: وجوب طواف الوداع وسقوطه عن الحائض، حديث (١٣٢٨)، كلاهما عن ابن عباس بلفظ: «أُمِرَ الناسُ

وَإنْ كان فائتُ الحجِّ قارِنًا فإنّه يَطوفُ للعُمْرةِ ويسعَى لها ثمّ يَطوفُ طَوافًا آخَرَ؛ لفَواتِ الحجِّ ويسعَى له ويحلِقُ أو يُقَصِّرُ، وقد بَطَلَ عنه دَمُ القرانِ.

أمَّا الطّوافُ للعُمْرةِ والسّعيُ لها فلأنّ القارِنَ مُحْرِمٌ بعُمْرةٍ وحَجَّةٍ، والعُمْرةُ لا تفوتُ، لأنّ جميعَ الأوقات وقتُها، فيأتي بها كما يَأتي المُدْرِكُ للحَجِّ.

وأمَّا الطّوافُ والسّعيُ للحَجِّ، فلأنّ الحجَّةَ قد فاتَتْه في هذه السّنةِ بعدَ الشُّروع فيها، وفائتُ الحجِّ بعدَ الشُّروعِ فيه يتحَلَّلُ [١] بأفعالِ العُمْرةِ فيَطوفُ ويسعَى ويحلِقُ أو يُقَصِّرُ. وأمَّا سُقوطُ دَمِ القرانِ يجبُ للجَمْعِ بين العُمْرةِ والحجِّ، ولم يوجَدْ فلا يجبُ ويقطَعُ التّلْبيةَ إذا أخذ من الطّوافَ الذي يتحَلَّلُ به على ما ذكرنا فيما تقَدَّمَ، وإنْ كان مُتَمَتِّعًا ساقَ الهدْيَ بَطَلَ تَمَتُّعُه، ويصنَعُ كما يصنَعُ القارِنُ؛ لأنّ دَمَ المُتْعةِ يجبُ للجَمْعِ بين العُمْرةِ والحجَّةِ، ولم يوجَدِ الجمعُ لأنّ الحجَّةَ[قد] [٢] فاتَتْه.

فصل [في بيان حكم فوات الحج والعمرة]

وأمَّا بيانُ حكمِ فواتِ الحجِّ عن العُمْرةِ فنقول:

مَنْ عليه الحجُّ إذا ماتَ قبلَ أدائه، فلا يخلو إمَّا أنْ ماتَ من غيرِ وصيّةٍ، وإمَّا أنْ ماتَ عن وصيّةٍ.

فإنْ ماتَ من غيرِ وصيّةٍ يَأثمُ بلا خلافٍ. أمَّا على قولِ مَنْ يقولُ بالوُجوبِ على الفورِ فلا يُشْكِلُ، وأمَّا على قولِ مَنْ يقولُ بالوُجوبِ على التّراخي، فلأنّ الوُجوبَ يَضيقُ عليه في آخِرِ العُمْرِ في وقتٍ يحتَمِلُ الحجَّ، وحَرُمَ عليه التّأخيرُ فيجبُ عليه أنْ يَفْعَلَ بنفسِه إنْ كان قادِرًا، وإنْ كان عاجِزًا عن الفعلِ بنفسِه عَجْزًا مُقَرَّرًا، ويُمْكِنُه الأداءُ بمالِه بإنابةِ غيرِه

أن يكون آخرَ عهدهم بالبيت إلا أنه خُفف عن المرأة الحائض».
- ورواه أبو داود (٢٠٠٢) بلفظ: «لا ينفرنَّ أحدٌ حتى يكون آخر عهده الطواف بالبيت».
- ورواه أحمد في مسنده (١٥٠١٦) عن الحارث بن أوس قال: قال رسول الله ﷺ: «من حج أو اعتمر فليكن آخر عهده الطواف بالبيت»، وصححه الألباني في صحيح الجامع (٦١٩٨) بدون قوله: (أو اعتمر) فلقد ضعفها في ضعيف الجامع (٥٥٥٥).
(١) في المطبوع «لا يتحلل».
(٢) زيادة من المخطوط.

مَنابَ نفسِه بالوَصيّةِ فيجبُ عليه أنْ يوصيَ به، فإنْ لم يوصِ به حتّى ماتَ أثِمَ بتفويتِه الفرضَ عن وقتِه مع إمكانِ الأداءِ في الجُمْلةِ فيأثمُ لكنْ يسقُطُ عنه في حَقِّ أحكامِ الدُّنْيا عندَنا حتّى لا يُلْزِمَ الوارِثَ الحجَّ عنه من تَرِكَتِه لأنّه عِبادةٌ، والعِباداتُ تسقُطُ بموتِ مَنْ عليه سَواءٌ كانتْ بَدَنيّةً أو ماليّةً في حَقِّ أحكامِ الدُّنْيا عندَنا[١]. وعندَ الشّافعيِّ لا تسقُطُ ويُؤْخَذُ من تَرِكَتِه قدرُ ما يَحُجُّ به ويُعتَبَرُ ذلك من جميعِ المالِ[٢]، وهذا على[٣] الاختِلافِ في الزّكاةِ والصّومِ والعُشْرِ والنُّذورِ والكفّاراتِ ونحوِ ذلك.

وقد ذكرنا المسألةَ في كتابِ الزّكاةِ وإنْ أحَبَّ الوارِثُ أنْ يَحُجَّ عنه حَجَّ، وأرجو أنْ يُجْزيَه ذلك - إنْ شاء اللّه تعالى - كذا ذكر أبو حنيفةَ رحمه الله. أمّا الجوازُ فلِما رُوِيَ أنّ رجلاً جاء إلى رسولِ اللّه ﷺ وقال: يا رسولَ اللّه إنّ أُمّي ماتَتْ ولم تَحُجَّ أفَأحُجُّ عنها؟ فقال: «نَعَم»[٤] فقد أجاز النّبيُّ ﷺ [١/ ٢٧٣أ] حَجَّ الرّجُلِ عن أُمِّه، ولم يستفسِرْ أنّها ماتَتْ عن وصيّةٍ أو لا عن وصيّةٍ. ولو كان الحكمُ يختلفُ لاستفسَرَ.

وأمّا قرانُ الاستِثْناءِ بالإجزاءِ فلأنّ الحجَّ كان واجبًا على الميِّتِ قَطْعًا، والواجبُ على الإنسانِ قَطْعًا لا يسقُطُ إلاّ بدليلٍ موجِبٍ للسُّقوطِ قَطْعًا، والموجِبُ لسُقوطِ الحجِّ عن الميِّتِ بفعلِ الوارِثِ بغيرِ أمرِه من أخبارِ الآحادِ، وخَبَرُ الواحِدِ يوجِبُ علمَ العملِ لا علمَ الشّهادةِ؛ لاحتِمالِ عَدَمِ الثُّبوتِ وإنْ كان احتِمالاً مرجوحًا لكنّ الاحتِمالَ المرجوحَ يُعتَبَرُ في علمِ الشّهادةِ، وإنْ كان لا يُعتَبَرُ في علمِ العملِ فعَلَّقَ الإجزاءَ والسّقوطَ بمَشيئةِ اللّه تعالى احتِرازًا عن الشّهادةِ على اللّه تعالى من غيرِ علمٍ قَطْعيٍّ، وهذا من كمالِ الوَرَعِ والاحتياطِ في دينِ اللّه تعالى، ولأنّ الظّاهرَ من حالِ مَنْ عليه الحجُّ إذا عَجَزَ عن الأداءِ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي ص (٥٩)، المبسوط (٤/ ١٥٤)، تحفة الفقهاء (١/ ٤٢٦، ٤٢٧).

(٢) مذهب الشافعية: أنه لا يسقط بالموت ويلزم الحج عنه من رأس ماله سواء أوصى به أو لم يوص، انظر: الأم (٢/ ١٢٥، ١٢٦)، مختصر المزني ص (٦٢)، حلية العلماء (٣/ ٢٠٥)، المجموع شرح المهذب (٧/ ١٠٩، ١١٢، ١١٦).

(٣) في المخطوط: «على هذا».

(٤) أخرجه مسلم، كتاب الصيام، باب: قضاء الصيام عن الميت، حديث (١١٤٩)، وأبو داود، حديث (٢٨٧٧)، والترمذي، حديث (٩٢٩)، عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت: إن أمي ماتت ولم تحج أفأحج عنها؟ قال: «نعم حُجِّي عنها».

بنفسِه حتّى أدركَه الموتُ - وله مالٌ - أنّه يَأمُرُ وارِثَه بالحجِّ عنه تفريغًا لذِمَّتِه عن عُهْدةِ الواجبِ، فكانتِ الوَصيّةُ موجودةً دَلالةً، والثّابِتُ [دَلالةً] [١] كالثّابِتِ نَصًّا لكنْ ألحَقَ الاستِثْناءَ به؛ لاحتِمالِ العدَمِ.

فإنْ قِيلَ: لو كان الأمرُ على ما ذَكَرْتُم هَلاَّ ألحَقَ الاستِثْناءَ بكُلِّ ما يَثْبُتُ بخَبَرِ الواحِدِ؟

فالجوابُ أنّكَ أبعَدْت في القياسِ إذْ لا كُلَّ خَبَرٍ يُرَدُّ بمثلِ هذا الحكمِ وهو سُقوطُ الفرضِ، ومَحَلُّ سُقوطِ الاستِثْناءِ هذا، فإنْ ثبت الإطلاقُ منه في مثلِه في موضِعٍ من غيرِ تَصْريحٍ بالاستِثْناءِ فذلك لوُجودِ النّيّةِ منه عليه في الحجِّ فتقَعُ الغُنْيةُ [٢] عن الإفصاحِ به في كُلِّ موضِعٍ.

وَإنْ ماتَ عن وصيّةٍ لا يسقُطُ الحجُّ عنه. ويجبُ أنْ يُحَجَّ عنه؛ لأنّ الوَصيّةَ بالحجِّ قد صَحّتْ. وإذا حُجَّ عنه يجوزُ عندَ استِجْماعِ شَرائطِ الجوازِ. وهي نيّةُ الحجِّ عنه، وأنْ يكونَ الحجُّ بمالِ الموصي أو بأكثرِه إلاَّ تَطَوُّعًا، وأنْ يكونَ راكِبًا لا ماشيًا لما ذكرنا فيما تقَدَّمَ ويُحَجُّ عنه من ثُلُثِ مالِه [سَواءٌ قَيّدَ الوَصيّةَ بالثُّلُثِ بأنْ يُحَجَّ عنه بثُلُثِ مالِه، أو أطلَقَ بأنْ أوصَى أنْ يُحَجَّ عنه] [٣] أمّا إذا قَيّدَ فظاهرٌ. وكذا إذا أطلَقَ؛ لأنّ الوَصيّةَ تُنَفَّذُ من الثُّلُثِ ويُحَجُّ عنه من بَلَدِه الذي يسكُنُه؛ لأنّ الحجَّ مفروضٌ عليه من بَلَدِه فمُطْلَقُ الوَصيّةِ يَنْصَرِفُ إليه، ولِهذا قال محمّدٌ - رحمه الله -: رَوَى ابنُ رُستُمَ عنه في خُراسانيٍّ أدرَكَه الموتُ بمكّةَ فأوصَى أنْ يُحَجَّ عنه [من خُراسانَ.

ورَوَى هِشامٌ عن أبي يوسفَ في مَكّيٍّ قَدِمَ الرّيّ فحضره الموتُ فأوصَى أنْ يُحَجَّ عنه] [٤] حُجَّ [٥] عنه من مكّةَ، فإنْ أوصَى أنْ يُقْرَنَ عنه قُرِنَ عنه من الرّيِّ؛ لأنّه لا قرانَ لأهلِ مكّةَ فتُحمَلُ الوَصيّةُ على ما يَصِحُّ - وهو القرانُ - من حيث ماتَ، هذا إذا كان ثُلُثُ المالِ يَبْلُغُ أنْ يُحَجَّ عنه من بَلَدِه حُجَّ عنه، فإنْ كان لا يَبْلُغُ يُحَجُّ من حيث يَبْلُغُ استحسانًا.

وكذا إذا أوصَى أنْ يُحَجَّ عنه بمالٍ سَمّى مَبْلَغَه [أنه] [٦] إنْ كان يَبْلُغُ أنْ يُحَجَّ عنه من بَلَدِه حُجَّ عنه، وإلاَّ فيُحَجُّ عنه من حيث يَبْلُغُ استحسانًا، والقياسُ أنْ تَبْطُلَ الوَصيّةُ؛ لأنّه

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «الغيبة».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «يحج».
(٦) زيادة من المخطوط.

تَعَذَّرَ تنفيذُها على ما قَصَدَه الموصي، وهذا يوجِبُ بُطْلانَ الوَصيّةِ كما إذا أوصَى بعِتْقِ نَسَمةٍ فلم يَبْلُغْ ثُلُثُ المالِ ثَمَنَ النَّسَمةِ.

(وجه الاستحسانِ): أنّ غَرَضَ الموصي من الوَصيّةِ [بالحجِّ] (١) تفريغُ ذِمَّتِه عن عُهْدةِ الواجبِ، وذلك في التّصْحيحِ لا في الإبطالِ، ولو حُمِلَ ذلك على الوَصيّةِ بالحجِّ من بَلَدِه لَبَطَلَتْ، ولو حُمِلَ على الوَصيّةِ من حيث يَبْلُغُ لَصَحَّتْ فيُحمَلُ عليه تَصْحيحًا لها، وفي الوَصيّةِ بعِتْقِ النّسَمةِ تَعَذَّرَ التّصْحيحُ أصلاً ورأسًا فبطَلَتْ، فإنْ خرج من بَلَدِه إلى بَلَدٍ أقربَ من مكّةَ، فإنْ كان خرج لغيرِ الحجِّ حجَّ عنه من بَلَدِه في قولِهم جميعًا. وإنْ كان خرج للحَجِّ فماتَ في بعضِ الطّريقِ وأوصَى أنْ يُحَجَّ عنه، فكذلك في قولِ أبي حنيفةَ. وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ: يُحَجُّ عنه من حيث بَلَغَ.

(وجه قولِهما): أنّ قدرَ ما قَطَعَ من المسافةِ (في سَفَرِه) (٢) بنيّةِ الحجِّ مُعتَدٌّ به من الحجِّ لم يَبْطُلْ بالموتِ؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَخْرُجْ مِنۢ بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ثُمَّ يُدْرِكْهُ ٱلْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ﴾ [النساء: ١٠٠] فسَقَطَ عنه ذلك القدرُ من فرضِ الحجِّ، وبَقِيَ عليه إتمامُه.

ولأبي حنيفةَ أنّ القدرَ الموجودَ من السّفَرِ يُعتَبَرُ لكنْ في حَقِّ أحكامِ الآخِرةِ - وهو الثّوابُ - لا في حَقِّ أحكامِ الدُّنْيا؛ لأنّ ذلك يتعلَّقُ بأداءِ (٣) الحجِّ، ولم يَتَّصِلْ به الأداءُ فبَطَلَ بالموتِ في حَقِّ أحكامِ الدُّنْيا، وإنْ لم يَبْطُلْ به في حَقِّ أحكامِ الآخِرةِ، وكَلامُنا في حَقِّ أحكامِ الدُّنْيا، ولو خرج للحَجِّ فأقام في بعضِ البِلادِ حتّى دارَتِ السّنةُ ثمّ ماتَ وقد أوصَى أنْ يُحَجَّ عنه يُحَجُّ عنه من بَلَدِه بلا خلافٍ.

أمّا عندَ أبي حنيفةَ فظاهرٌ. وأمّا عندَهما فلأنّ ذلك السّفر لم يَتَّصِلْ به [عَمَلُ] (٤) الحجّةِ التي سافر لها فلم يُعتَدَّ به عن الحجِّ. وإنْ كان ثُلُثُ مالِه لا يَبْلُغُ أنْ يُحَجَّ به عنه إلاّ ماشيًا فقال رجلٌ: أنا أحُجُّ عنه من بَلَدِه ماشيًا، رَوَى هِشامٌ عن محمّدٍ - رحمه الله - أنّه لا يُجْزيه به ولكنْ يُحَجُّ عنه من حيث يَبْلُغُ راكِبًا.

ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ إنْ أحَجُّوا عنه من بَلَدِه ماشيًا جاز، وإنْ أحَجُّوا من حيث يَبْلُغُ راكِبًا جاز، وأصلُ هذه المسألةِ أنّ الموصي بالحجِّ إذا اتَّسَعَتْ [١/ ٢٧٣ب] نَفَقَتُه

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «من السفر».
(٣) في المخطوط: «بأفعال».
(٤) ليست في المخطوط.

للرُّكوبِ فأَحَجُّوا عنه ماشيًا لم يَجز؛ لأنّ المفروضَ هو الحجُّ راكِبًا فإطلاقُ الوَصيّةِ يَنْصَرِفُ إلى ذلك كأنّه أوصاه [١] بذلك. وقال: أحِجُّوا [٢] عَنِّي راكِبًا. ولو كان كذلك لا يجوزُ ماشيًا كذا هذا.

(وجه روايةِ الحسَنِ): أنّ [٣] فرضَ الحجِّ له تَعَلُّقٌ بالرّكوبِ وله تَعَلُّقٌ ببَلَدِه، ولا يُمْكِنُ مُراعاتُهما جميعًا، وفي كُلِّ واحِدٍ منهما كمالٌ من وجهٍ ونُقْصانٌ من وجهٍ، فيجوزُ أيُّهما كان، وإنْ كان ثُلُثُ مالِه لا يَبْلُغُ أنْ يُحَجَّ عنه من بَلَدِه فحُجَّ عنه من موضِعٍ يَبْلُغُ، وفَضَلَ من الثُّلُثِ وتُبُيِّنَ أنّه كان يَبْلُغُ من موضِعٍ أبعَدَ منه يَضْمَنُه [٤] الوَصيُّ ويُحَجُّ عن الميِّتِ من حيث يَبْلُغُ؛ لأنّه تُبُيِّنَ أنّه خالَفَ إلاّ إذا كان الفاضِلُ شيئًا يسيرًا من زادٍ أو كِسوةٍ، فلا يكونُ مُخالِفًا ولا ضامِنًا ويَرُدُّ الفضْلَ إلى الوَرَثةِ؛ لأنّ ذلك مِلْكُهم.

وإنْ كان للموصي وطَنانِ فأوصَى أنْ يُحَجَّ عنه من أقرَبِ الوَطَنَيْنِ؛ لأنّ الأقربَ دخل في الوَصيّةِ بيَقينٍ وفي دخولِ الأبعَدِ شَكٌّ فيُؤْخَذُ باليقينِ، و [٥]فيما ذكرنا من المسائلِ التي وجب الحجُّ من بَلَدِه إذا أَحَجَّ الوَصيُّ من غيرِ بَلَدِه يكونُ ضامِنًا ويكونُ الحجُّ له ويُحَجُّ عن الميِّتِ ثانيًا؛ لأنّه خالَفَ إلاّ إذا كان المكانُ الذي أَحَجَّ عنه قَريبًا إلى وطَنِه بحيث يَبْلُغُ إليه ويرجعُ إلى الوَطَنِ قبلَ الليلِ فحينَئذٍ لا يكونُ مُخالِفًا ولا ضامِنًا، ويكونُ كاختِلافِ المحَلِّ [٦]. ولو ماتَ في مَحَلَّةٍ فأحَجُّوا عنه من مَحَلَّةٍ أُخرى جاز كذا هذا.

فَإنْ قال الموصي: أحِجُّوا عَنِّي بثُلُثِ مالي، وثُلُثُ مالِه يَبْلُغُ حِجَجًا حُجَّ عنه حِجَجًا، كذا رَوَى القُدوريُّ في شرحِه مختصَرِ الكَرْخيِّ. وذكر القاضي في شرحِه مختصَرَ الطّحاويِّ أنّه إذا أوصَى أنْ يُحَجَّ عنه بثُلُثِ مالِه وثُلُثُ مالِه يَبْلُغُ حِجَجًا، يُحَجُّ عنه حَجَّةٌ واحِدةٌ من وطَنِه - وهي حَجَّةُ الإسلامِ - إلاّ إذا أوصَى أنّه يُحَجُّ عنه بجميعِ الثُّلُثِ فيُحَجُّ عنه حِجَجًا بجميعِ الثُّلُثِ، وما ذكره القاضي [٧] أثبَتُ؛ لأنّ الوَصيّةَ بالثُّلُثِ وبِجميعِ الثُّلُثِ واحِدٌ؛ لأنّ الثُّلُثَ اسمٌ لجميعِ هذا السّهْمِ، ثمّ الوَصيُّ [٨] بالخيارِ إنْ شاء أَحَجَّ عنه الحِجَجَ في سَنةٍ واحِدةٍ، وإنْ شاء أَحَجَّ عنه في كُلِّ سَنةٍ واحِدةً، والأفضلُ أنْ يكونَ

(١) في المخطوط: «أوصى».
(٢) في المخطوط: «حجوا».
(٣) في المخطوط: «بأن».
(٤) في المخطوط: «يضمن».
(٥) في المخطوط: «ثم».
(٦) في المخطوط: «المحلة».
(٧) في المخطوط: «القدوري».
(٨) في المخطوط: «الموصى».

[ذلك] [١] في سَنةٍ واحِدةٍ؛ لأنّ فيه تَعجيلَ تنفيذِ الوَصيّةِ، والتّعجيلُ في هذا أفضلُ من التّأخيرِ.

وَإِنْ أوصَى أنْ يُحَجَّ عنه من موضِعِ كذا من غيرِ بَلَدِه يُحَجُّ عنه من ثُلُثِ مالِه من ذلك الموضِعِ الذي بُيِّنَ قَرُبَ من مكّةَ أو بَعُدَ عنها؛ لأنّ الإحجاجَ لا يجوزُ إلاّ بأمرِه فيتقدَّرُ بقدرِ أمرِه. وما فضَلَ في يَدِ الحاجِّ عن الميِّتِ بعدَ النّفقةِ في ذَهابه ورُجوعِه فإنّه يَرُدُّه على الوَرَثةِ لا يسعُه أنْ يَأخُذَ شيئًا مِمَّا فضَلَ؛ لأنّ النّفقةَ لا تَصيرُ مِلْكًا للحاجِّ بالإحجاجِ، وإنّما يُنْفِقُ قدرَ ما يحتاجُ إليه في ذَهابه وإيابه على حكمِ مِلْكِ الميِّتِ؛ لأنّه لو مَلَكَ إنّما يملِكُ، بالاستِئجارِ والاستِئجارُ على الطّاعاتِ لا يجوزُ عندَنا فكان الفاضِلُ مِلْكَ الوَرَثةِ فيجبُ عليه رَدُّه إليهم.

ولو قاسَمَ الوصيُ الوَرَثةَ وعَزَلَ قدرَ نَفَقةِ الحجِّ، ودَفَعَ بَقيّةَ التّرِكةِ إلى الوَرَثةِ، فهَلَكَ المعزولُ في يَدِ الوَصيِّ [٢] أو في يَدِ الحاجِّ قبلَ الحجِّ، بَطَلَتِ القِسمةُ في قولِ أبي حنيفةَ، وهَلَكَ ذلك القدرُ من الجُمْلةِ ولا تَبْطُلُ الوَصيّةُ ويُحَجُّ له من ثُلُثِ المالِ الباقي حتّى يحصُلَ الحجُّ أو يَنْوِيَ المالَ في قولِ أبي حنيفةَ، وجعل أبو حنيفةَ الحجَّ بمنزلةِ الموصَى له الغائبِ، وقِسمةُ الوَصيِّ مع الوَرَثةِ على الموصَى له الغائبِ لا يجوزُ حتّى لو قاسَمَ مع الوَرَثةِ وعَزَلَ نَصيبَ الموصَى له ثمّ هَلَكَ في يَدِه قبلَ أنْ يَصِلَ إلى الموصَى له الغائبِ يَهْلِكُ من [٣] الجُمْلةِ ويَأخُذُ الموصَى له ثُلُثَ الباقي كذلك الحجُّ. وعندَ أبي يوسفَ إنْ بَقِيَ من ثُلُثِ مالِه شيءٌ يُحَجُّ عنه مِمَّا بَقِيَ من ثُلُثِه من حيث يَبْلُغُ وأن لم يَبْقَ من ثُلُثِه شيءٌ بَطَلَتِ الوَصيّةُ.

وقال محمّدٌ: قِسمةُ الوَصيّةِ جائزةٌ وتَبْطُلُ الوَصيّةُ بهَلاكِ المعزولِ سَواءٌ بَقيَ من المعزولِ شيءٌ أو لم يَبْقَ [شيءٌ] [٤] فإنْ لم يَهْلِكْ ذلك المالُ، ولكنْ ماتَ المُجَهَّزُ في بعضِ طَريقِ مكّة فما أنْفَقَ المُجَهَّزُ إلى وقتِ الموتِ نَفَقةُ مثلِه فلا ضَمانَ عليه؛ لأنّه لم يُنْفِق على الخلافِ بل على الوِفاقِ، وما بَقيَ في يَدِ المُجَهَّزِ.

القياسُ أنْ يُضَمَّ إلى مالِ الموصي، فيَعزِلُ ثُلُثَ مالِه ويَحُجُّ عنه من وطَنِه - وهو قولُ أبي حنيفةَ - وفي الاستحسانِ يَحُجُّ بالباقي من حيث تَبْلُغُ وهو قولُهما.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «الموصى».
(٣) في المخطوط: «في».
(٤) ليست في المخطوط.

فصل [في بيان وجوب الحج بالنذر]

ثمّ الحجُّ كما هو واجبٌ بإيجاب اللَّه تعالى ابتِداءً على مَنِ استجمع شَرائطَ الوُجوبِ - وهو حَجَّةُ الإسلامِ - فقد يجبُ بإيجاب اللَّه تعالى (لكنْ بناؤه) [١] على وُجودِ سببِ الوُجوبِ من العبدِ وهو النّذْرُ بأنْ يقولَ: للَّه عَلَيّ حَجَّةٌ، لأنّ النّذْرَ من أسبابِ الوُجوبِ في العِباداتِ والقُرَبِ المقصُودةِ قال النّبيُّ ﷺ: «**من نذر أن يطيع الله فليطعه**»[٢] وكذا لو قال: عَلَيّ حَجَّةٌ، فهذا و [٣]قولُه: للَّه عَلَيّ حَجَّةٌ [١/ ٢٧٤أ]، سَواءٌ؛ لأنّ الحجَّ لا يكونُ إلاّ للَّه تعالى، وسَواءٌ كان النّذْرُ مُطْلَقًا أو مُعَلَّقًا بشرطٍ بأنْ قال: إنْ فعَلْتُ كذا فلِلَّه عَلَيّ أنْ أحُجَّ، حتّى يلزَمَه الوَفاءُ به إذا وُجِدَ الشّرطُ، ولا يخرجُ عنه بالكفَّارةِ في ظاهرِ الرِّوايةِ عن أبي حنيفةَ، وسَنذكرُ إنْ شاء اللَّه تعالى المسألَةَ في كتابِ النّذْرِ.

ولو قال: للَّه عَلَيّ إحرامٌ: أو قال: عَلَيّ إحرامٌ ،صَحَّ وعليه حَجَّةٌ أو عُمْرةٌ، والتّعيينُ إليه وكذا إذا ذكر لَفْظًا يَدُلُّ على التِزامِ الإحرام بأنْ قال: للَّه عَلَيّ المشيُ إلى بيتِ اللَّه أو إلى الكعبةِ أو إلى مكّةَ جاز، وعليه حَجَّةٌ أو عُمْرةٌ.

ولو قال: إلى الحرَمِ أو إلى المسجِدِ الحرامِ، لم يَصِحَّ ولا يلزَمُه شيءٌ في قولِ أبي حنيفةَ. وعندَهما يَصِحُّ ويلزَمُه حَجَّةٌ أو عُمْرةٌ.

ولو قال: إلى الصّفا والمروةِ، لا يَصِحُّ في قولِهم جميعًا.

ولو قال: عَلَيّ الذّهابُ إلى بيتِ اللَّه أو الخروجُ أو السّفَرُ أو الإتيانُ، لا يَصِحُّ في قولِهم، ودَلائلُ هذه المسائلِ تُذْكَرُ إنْ شاء اللَّه في كتابِ النّذْرِ، فإنّه كتابٌ مُفْرَدٌ، وإنّما نذكرُ ههنا بعضَ ما يختَصُّ بالحجِّ.

فَإنْ قال: للَّه عَلَيّ هَدْيٌ أو [قال:] [٤] عَلَيّ هَدْيٌ، فلَه الخيارُ إنْ شاء ذَبَحَ شاةً، وإنْ شاء نَحَرَ جَزورًا، وإنْ شاء [ذَبَحَ] [٥] بَقرةً؛ لأنّ اسمَ الهدْيِ يَقَعُ على كُلِّ واحِدٍ من

---

(١) في المخطوط: «بناء».
(٢) أخرجه البخاري، كتاب الأيمان والنذور، باب: النذر في الطاعة، حديث (٦٦٩٦)، وأبو داود (٣٢٨٩)، والترمذي (١٥٢٦)، والنسائي (٣٨٠٦)، وابن ماجه (٢١٢٦)، من حديث عائشة رضي الله عنها.
(٣) في المخطوط: «أحد».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) ليست في المخطوط.

الأشياءِ الثّلاثةِ؛ لقولِه: ﴿فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾ [البقرة:١٩٦] قِيلَ في التّفْسيرِ: إنّ المُرادَ منه الشّاةُ، وإذا كانتِ الشّاةُ ما استَيْسَرَ من الهدْيِ فلا بُدَّ وأنْ يكونَ من الهدْيِ ما لا يكونُ مُستَيْسَرًا - وهو الإبِلُ والبقَرُ.

وقد رَوَيْنا عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال لَمّا سُئلَ عن الهدْيِ «أدناه شاةٌ»[1]، وإذا كانتِ الشّاةُ أدنَى الهدْيِ كان أعلاه الإبِلَ والبقر ضرورةً، وقد رُوِيَ عن عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال: الهدْيُ من ثلاثةٍ، والبدنةُ من اثْنَيْنِ ولأنّ مَأخذ الاسمِ دليلٌ عليه؛ لأنّ الهدْيَ اسمٌ لما يُهْدَى، أي: يُنْقَلُ ويُحَوّلُ، وهذا المعنى يوجَدُ في الغنَمِ كما يوجَدُ في الإبِلِ والبقَرِ ويجوزُ سُبْعُ البدنةِ عن الشّاةِ لما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «البدنةُ تُجزِئُ عن سبعةٍ والبقرةُ تُجزِئُ عن سبعةٍ»[2]، ولو قال: للَّه عَلَيّ بَدَنةٌ، فإنْ شاء نَحَرَ جزورًا، وإنْ شاء ذَبَحَ بَقرةً عندَنا، وقال الشّافعيُّ لا يجوزُ إلاّ الجزورُ.

وجه قولِه أنّ البدنةَ في اللُّغةِ اسمٌ للجَمَلِ، والدّليلُ عليه قوله تعالى: ﴿وَٱلْبُدْنَ جَعَلْنَٰهَا لَكُم مِّن شَعَٰٓئِرِ ٱللَّهِ﴾ [الحج:٣٦] ثمّ فسَّرَها بالإبِلِ بقولِه - عَزَّ وجَلَّ - ﴿فَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهَا صَوَآفَّ﴾ [الحج:٣٦] أي: قائمةً[3] مُصْطَفّةً، والإبِلُ هي التي تُنْحَرُ كذلك. فأمّا البقَرُ فإنّها تُذْبَحُ مُضْجَعةً ورَوَيْنا عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال: «البدنةُ تُجزِئُ عن سبعةٍ والبقرةُ تُجزِئُ عن سبعةٍ»[4]. حتّى قال جابرٌ: نَحَرْنا على عَهْدِ رسولِ اللَّه ﷺ البدنةَ عن سبعةٍ والبقرةَ عن سبعةٍ مَيّزَ بين البدنةِ والبقرةِ[5] فدَلَّ أنّهما غيرانِ.

(ولَنا): ما رَوَيْنا عن عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال: **«الهدْيُ من ثلاثةٍ والبدنةُ من اثْنَيْنِ»**[6].

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ١٦٠): رُوي أنه عليه السلام سئل عن الهدي فقال: «أدناه شاة» قلت: غريب، ولم أجده إلا من قول عطاء. ورواه البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي، أنا مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج أن عطاء قال: أدنى ما يهراق من الدماء في الحج وغيره شاة. مختصر. واستشهد له شيخنا علاء الدين مقلدًا لغيره بحديث أخرجه البخاري عن أبي جمرة نصر بن عمران الضبعى قال: سألت ابن عباس عن المتعة فأمرني بها، وسألته عن الهدى فقال: فيها جَزُورٌ أو بقرة أو شاة... وأخرجه مسلم لكنه لم يذكر فيه قصة الهدي. وهو بعيد عن حديث الكتاب.

(٢) رواه مسلم، كتاب الحج، باب: الاشتراك في الهدى، وإجزاء البقرة والبدنة كلٌّ منهما عن سبعة، حديث (١٣١٨)، وأبو داود، حديث (٢٨٠٩)، والترمذي، حديث (١٥٠٢)، وابن ماجه، حديث (٣١٣٢)، وأحمد، حديث (١٤٩٥٧)، كلهم عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٣) في المخطوط: «قائمات».

(٤) سبق تخريجه، وانظر ما قبله.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) لم أقف عليه.

وهذا نَصٌّ.

وعن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنه أنّ رجلاً سأله وقال: إنّ [رجلاً] [١] صاحِبًا لَنا أوجب على نفسِه بَدَنةً أَفتجزيه البقرةُ؟ فقال له ابنُ عبّاسٍ رضي الله عنه: مِمَّ صاحِبُكم؟ قال من بَني رَباحٍ، فقال: متى اقتَنَتْ بَنو رَباحِ البقر، إنّما البقَرُ للأزدِ [٢] وإنّما وهِمَ صاحِبُكم الإبِلَ.

ولو لم يَقَعِ اسمُ البدنةِ على البقَرِ لم يكنْ لسُؤَالِه معنًى ولَما سأله، فقد أوقَعَ الاسمَ على الإبِلِ والبقَرِ لكنْ أوجب على النّاذِرِ الإبِلَ؛ لإرادَتِه ذلك ظاهرًا؛ ولأنّ البدنةَ مَأخوذةٌ من البدانةِ - وهي الضّخامةُ - وأنّها توجَدُ فيهِما، ولِهذا استويا في الجوازِ عن سبعةٍ، ولا حُجَّةَ له في الآيةِ؛ لأنّ فيها جوازَ إطلاقِ اسمِ البدنةِ على الإبِلِ، ونحنُ لا نُنْكِرُ ذلك.

وأمّا قولُه: إنّه وقَعَ التّمييزُ بين البدنةِ والبقرةِ في الحديثِ، فمَمْنوعٌ؛ لأنّ ذِكْرَ البقرةِ ما خرج على التّمييزِ بل على التّأكيدِ كما في قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِنَ ٱلنَّبِيِّـۧنَ مِيثَٰقَهُمْ وَمِنكَ وَمِن نُّوحٍ وَإِبْرَٰهِيمَ وَمُوسَىٰ وَعِيسَى ٱبْنِ مَرْيَمَ﴾ [الأحزاب: ٧]، وكما في قولِ القائلِ: جاءني أهلُ قَرْيةِ كذا فُلانٌ وفُلانٌ على أنّ ظاهرَ العطْفِ إنْ أُوِّلَ [٣] على التّغْييرِ [٤] والتّسويةِ بينهما في جوازِ كُلِّ واحِدٍ منهما عن سبعةٍ يَدُلُّ على الاتِّحادِ في المعنى، ولا حُجَّةَ مع التّعارُضِ.

ولو قال: للَّه عَلَيّ جَزورٌ فعليه أنْ يَنْحَرَ بَعيرًا؛ لأنّ اسمَ الجزورِ لا يَقَعُ إلاَّ على الإبِلِ، وَيجوزُ إيجابُ الهدْيِ مُطْلَقًا ومُعَلَّقًا بشرطٍ بأنْ يقولَ: إنْ فعَلْت كذا فلِلَّه عَلَيّ هَدْيٌ.

ولو قال هذه الشّاةُ هَدْيٌ إلى بيتِ اللَّه أو إلى الكعبةِ أو إلى مكّةَ أو إلى الحرَمِ أو إلى المسجِدِ الحرام أو إلى الصّفا والمروةِ، فالجوابُ فيه كالجوابِ في قولِه: عَلَيّ المشيُ إلى بيتِ اللَّه تعالى أو إلى كذا وكذا على الاتِّفاقِ والاختِلافِ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، (٣/ ٣٢٧)، برقم (١٤٦٥٧)، ولفظه: «عن سليمان بن يعقوب عن أبيه، قال: مات رجلٌ من الحي وأوصى أن ينحر عنه بدنة فسألنا ابن عباس عن البقرة، فقال: تجزي، قال: من أي قوم أنت؟ قال: قلت: من بني رباح، وأنى لبني رباح البقر، إنما البقر للأزد وعبد آلاف».

(٣) في المخطوط: «دلَّ».

(٤) في المخطوط: «التغاير».

ولو أوجب على نفسِه أنْ [١/ ٢٧٤ب] يُهْدِيَ مالاً بعَيْنِه من الثِّيابِ وغيرِها مِمَّا سِوَى النَّعَمِ جاز، وعليه أنْ يتصَدَّقَ به أو بقيمَتِه.

والأفضلُ أنْ يتصَدَّقَ على فُقراءِ مكّةَ. ولو تَصَدَّقَ بالكوفةِ جاز. وأمَّا في النَّعَمِ من الإبِلِ والبقَرِ والغنَمِ فلا يجوزُ ذَبْحُه إلاَّ في الحرَمِ فيَذْبَحُ في الحرَمِ ويتصدَّقُ بلَحمِه على فُقراءِ مكّةَ وهو الأفضلُ.

ولو تَصَدَّقَ على غيرِ فُقراءِ مكّةَ جاز كذا ذكر في الأصلِ، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ معنى القربةِ في الثِّيابِ في عَيْنِها وهو التّصَدُّقُ بها، والصّدَقةُ لا تختَصُّ بمكانٍ كسائرِ الصّدَقات.

فأمَّا معنى القربةِ في الهدْيِ من النّعَمِ في الإراقةِ شرعًا، والإراقةُ لم تُعرَفْ قربة في الشّرعِ إلاَّ في مكان مخصُوصٍ أو زَمانٍ مخصُوصٍ، والشّرعُ أوجب الإراقةَ ههنا في الحرَمِ بقولِه تعالى: ﴿هَدْيًا بَٰلِغَ ٱلْكَعْبَةِ﴾ [المائدة:٩٥] حتّى إذا ذَبَحَ الهدْيَ جاز له أنْ يتصَدَّقَ بلَحمِه [١] على فُقراءَ غيرِ أهلِ مكّةَ؛ لأنّه لَمّا صار لَحمًا صار معنى القربةِ فيه في الصّدَقةِ كسائرِ الأموالِ. ولو جعل شاةً هَدْيًا أجزَأه أنْ يُهْدِيَ قيمَتَها في روايةِ أبي سُليمانَ، وفي روايةِ أبي حَفْصٍ لا يجوزُ.

(وجه روايةِ أبي سُليمان): اعتِبارُ البدنةِ بالأمرِ، ثمّ فيما أمرَ اللّه تعالى من إخراجِ الزّكاةِ من الغنَمِ يجوزُ إخراجُ القيمةِ فيه [٢] كذا في النُّذورِ.

وجه روايةِ أبي حَفْصٍ أنّ القربةَ تَعلَّقَتْ بشيئَيْنِ: إراقةِ الدّمِ والتّصَدُّقِ باللّحمِ، ولا. يوجَدْ في القيمةِ إلاَّ أحدُهما - وهو التّصَدُّقُ - ويجوزُ ذَبْحُ الهدايا في أيِّ موضِعٍ شاء من الحرَمِ ولا يختَصُّ بمِنًى، ومن النّاسِ مَنْ قال: لا يجوزُ إلاَّ بمِنًى. والصّحيحُ قولُنا لما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «**مِنًى كُلُّها مَنحَرٌ وفِجاجُ مكّةَ كُلُّها مَنحَرٌ**»[٣].

---

(١) في المخطوط: «به». (٢) في المخطوط: «و».

(٣) رواه بهذا اللفظ ابن ماجه، كتاب المناسك، باب: الذبح، حديث (٣٠٤٨)، ورواه أبو داود بلفظ: «كل عرفة موقف، وكل منى منحر، وكل المزدلفة موقف، وكل فِجاج مكة طريق ومنحر»، في كتاب المناسك، باب: الصلاة بجمع، حديث (١٩٣٧)، وحسنه الزيلعي في نصب الراية (٣/ ١٦٢)، وصححه الألباني في صحيح أبي داود، من حديث جابر بن عبد الله. وقد روى مسلم بعضه في كتاب الحج، باب: ما جاء أن عرفة كلها موقف، حديث (١٢١٨)، بلفظ: «... ومنى كلها منحر فانحروا في رحالكم...». عن جابر أيضًا. ورواه أبو داود في كتاب الصوم، باب: إذا أخطأ القوم الهلال، حديث

وعن ابنِ عمرَ [١] رضي الله عنهما أنّه قال: (الحرَمُ كُلُّه مَنْحَرٌ) [٢] وقد ذكرنا أنّ المُرادَ من قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿ثُمَّ مَحِلُّهَآ إِلَى ٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج :٣٣] الحرَمُ.

وَأمّا البدنةُ إذا أوجبها بالنّذْرِ، فإنّه يَنْحَرُها [٣] حيث شاء إلاّ إذا نَوى أنْ يَنْحَرَ بمكّةَ، [فلا يجوزُ نحرُها إلاّ بمكّةَ] [٤]، وهذا قولُ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ.

وقال أبو يوسفَ: أرى أنْ يَنْحَرَ البُدْنَ بمكّةَ؛ لقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿ثُمَّ مَحِلُّهَآ إِلَى ٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج :٣٣] أي، الحرَمِ.

ولهما أنّه ليس في لَفْظِ البدنةِ ما يَدُلُّ على امتيازِ [٥] المكانِ؛ لأنّه مَأخوذٌ من البدانةِ - وهي الضّخامةُ - يُقالُ: بَدنَ الرّجُلُ، أي ضَخُمَ وقد قِيلَ في بعضِ وُجوه التّأويلِ لقوله تعالى: ﴿ذَٰلِكَ وَمَن يُعَظِّمْ شَعَـٰٓئِرَ ٱللَّهِ﴾ [الحج :٣٢] أنّ تَعظيمَها استِسمانُها، ولو أوجب حزورًا فهو من الإبِلِ خاصّةً، ويجوزُ أنْ يَنْحَرَ في الحرَمِ وغيرِه ويتصَدَّقُ بلَحمِه، وَيجوزُ ذَبْحُ الهدايا قبلَ أيّامِ النّحْرِ والجُمْلةُ فيه أنّ دَمَ النّذْرِ والكفّارةِ، وهَدْيَ التّطَوُّعِ يجوزُ قبلَ أيّامِ النّحْرِ.

والجملة فيه أن دم النذر والكفارة وهدي التطوع - يجوز قبل أيام النحر، ولا يجوزُ دَمُ المُتْعةِ والقرانِ والأُضْحيّةِ، ويجوزُ دَمُ الإحصارِ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ لا يجوزُ.

وَأدنَى السِّنِّ الذي يجوزُ في الهدايا ما يجوزُ في الضّحايا، وهو الثّنِيُّ من الإبِلِ والبقَرِ والمعزِ والجذَعِ من الضّأنِ إذا كان عَظيمًا وبيانُ ما يجوزُ في ذلك وما لا يجوزُ من [٦] بيانِ شَرائطِ الجوازِ موضِعُه كتابُ الأُضْحيّةِ.

(٢٣٢٤) عن أبي هريرة ذكر النبي ﷺ فيه، قال: «وفطركم يوم تفطرون، وأضحاكم يوم تضحون، وكل عرفة موقف، وكل منى منحر، وكل فجاج مكة منحر، وكل جمع موقف». وابن ماجه، حديث (٣٠١٢)، وقال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ١٦٣): قال المنذري في مختصره: قال ابن معين: محمد بن المنكدر لم يسمع من أبي هريرة. وقال أبو زرعة: لم يلق أبا هريرة، قلت: وصحح الحديث الألباني في صحيح أبي داود، وصحيح الجامع (٤٢٢٥).

(١) في المخطوط: «عباس».
(٢) سبق تخريجه.
(٣) في المخطوط: «يذبحها».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «اعتبار».
(٦) في المخطوط: «و».

وَلا يَحِلُّ الانتِفاعُ بظَهْرِها وصُوفِها ولَبَنِها إلاَّ في حالِ الاضْطِرارِ لقوله تعالى: ﴿لَكُمْ فِيهَا مَنَٰفِعُ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ مَحِلُّهَآ إِلَى ٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج :٣٣] قِيلَ في بعضِ وُجوه التّأويلِ: لَكم فيها مَنافِعُ من ظُهورِها وألبانِها وأصوافِها إلى أجَلٍ مُسَمًّى أي: إلى أنْ تُقَلَّدَ وتُهْدَى ﴿ثُمَّ مَحِلُّهَآ إِلَى ٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج :٣٣]، أي ثمّ مَحِلُّها إذا قُلِّدَتْ وأُهْديَتْ إلى البيتِ العتيقِ؛ لأنّها ما لم تَبْلُغْ مَحِلَّها، فالقربةُ في التّصَدُّقِ بها فإذا بَلَغَتْ مَحِلَّها فحينَئذٍ تَتَعَيَّنُ القربةُ فيها بالإرادةِ.

فإنْ قِيلَ: رُوِيَ أنّ رجلاً كان يسوقُ بَدَنةً فقال له النّبيُّ ﷺ: «اركَبْها ويْحَكَ» فقال: إنّها بَدَنةٌ يا رسولَ اللّه فقال: «اركَبْها ويْحَكَ»(١) وقيلَ: «ويْحَكَ»: كلِمةُ تَرَحُّمٍ، و«وَيْلَكَ»: كلِمةُ تَهَدُّدٍ، فقد أباحَ رسولُ اللّه ﷺ رُكوبَ الهدْيِ.

والجوابُ: أنّه رُوِيَ أنّ الرّجُلَ كان قد أجهَدَه السّيْرُ فرَخَّصَ له النّبيُّ ﷺ. وعندَنا يجوزُ الانتِفاعُ بها في مثلِ تلك الحالةِ ببَدَلٍ؛ لأنّه (٢) يجوزُ الانتِفاعُ بمِلْكِ الغيرِ في حالةِ الاضْطِرارِ ببَدَلٍ، وكذا في الهدايا إذا رَكِبَها وحَمَلَ عليها للضَّرورةِ يضمن ما نَقَصَها الحملُ والرّكوبُ ويَنْضَحُ ضَرْعَها؛ لأنّه إذا لم يَجز له الانتِفاعُ بلَبَنِها، فلَبَنُها يُؤْذيها فيُنْضَحُ بالماءِ حتّى يتقَلَّصَ ويَرْقَى لَبَنُها، وما حُلِبَ قبلَ ذلك يتصَدَّقُ به إنْ كان قائمًا، وإنْ كان مُستَهْلَكًا يتصَدَّقُ بقيمَتِه؛ لأنّ اللَّبَنَ جزءٌ من أجزائها فيجبُ صَرْفُه إلى القربةِ كما لو ولَدَتْ ولَدًا أنّها تُذْبَحُ ويُذْبَحُ ولَدُها كذا هذا.

فإنْ عَطِبَ الهدْيُ في الطّريقِ قبلَ أنْ [١/ ٢٧٥أ] يَبْلُغَ مَحِلَّه فإنْ كان واجبًا نَحَرَه، وهو لصاحِبه يصنَعُ به ما شاء وعليه هَدْيٌ مَكانه، وإنْ كان تَطَوُّعًا نَحَرَه وغَمَسَ نعلَه بدمِه ثمّ ضرب صَفْحَةَ سَنامِه، وخَلَّى بينه وبين النّاسِ يَأكُلونَه، ولا يَأكُلُ هو (٣) بنفسِه، ولا يُطْعِمُ أحدًا من الأغْنياءِ.

(١) رواه بهذا اللفظ، أحمد في مسنده، حديث (٧٤٠٤)، وابن ماجه في كتاب المناسك، باب: ركوب البدن، حديث (٣١٠٣)، والطيالسي في مسنده (١/ ٣١٢)، حديث (٢٣٦٨) عن أبي هريرة، وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه. ورواه البخاري في كتاب الوصايا، باب: هل ينتفع الواقف بوقفه؟، حديث (٢٧٥٤)، عن أنس أن النبي ﷺ رأى رجلًا يسوقُ بدنةً، فقال له: «اركبها» فقال: يا رسول الله: إنها بدنةٌ. قال في الثالثة أو في الرابعة: «اركبها. ويلك، أو ويحك». ورواه أيضًا الترمذي بهذا اللفظ، حديث (٩١١).

(٢) زاد في المخطوط: «لا يجوز».

(٣) في المخطوط: «منه».

والفرقُ بين الواجبِ والتّطوُّعِ أنّه إذا كان واجبًا، فالمقصُودُ منه إسقاطُ الواجبِ فإذا (انصَرف من) [١] تلك الجِهةِ كان له أنْ يَفْعَلَ به ما شاء، وعليه هَدْيٌ آخَرُ مَكانه؛ لأنّ الأوّلَ لَمَّا لم يَقَع عن الواجبِ التَحقَ بالعدَمِ، فبَقيَ الواجبُ في ذِمَّتِه بخلافِ التّطوُّعِ؛ ولأنّ القربةَ قد تَعَيّنَتْ فيه، وليس عليه غيرُ ذلك، وإنّما قلنا: إنّه يَنْحَرُه ويَفْعَلُ به ما ذكرنا؛ [لما ذكرنا] [٢] ولِما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه بَعَثَ هَدْيًا على يَدِ ناجيةَ بنِ جُنْدُبٍ الأسلَميِّ فقال: يا رسولَ اللّه إنْ أزحَفَ منها، أي قامتْ من الإعياءِ، وفي روايةٍ قال ما أفعَلُ بما يقومُ عَلَيّ؟ فقال النّبيُّ ﷺ: **«انحَرْها واصْبُغْ نَعْلَيْكَ بدمِها ثمّ اضْرِبْ به صَفحةَ سَنامِها، وخَلِّ بينها وبين الفُقراءِ ولا تَأكُلْ منها أنتَ ولا أحدٌ من رُفقَتِك»** [٣] وإنّما لا يَحِلُّ له أنْ يَأكُلَ منها، وله أنْ يُطْعِمَ الأغْنياءَ؛ لأنّ القربةَ كانتْ في ذَبْحِه إذا بَلَغَ مَحِلَّه، فإذا لم يَبْلُغْ [مَحِلَّه] [٤] كانتِ القربةُ في التّصدُّقِ ولا يجبُ عليه مَكانه آخَرُ؛ لأنّه لم يكنْ واجبًا عليه ويتصَدَّقُ بجِلالِها [٥] وخطامِها لما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال لعَليٍّ رضي الله عنه: **«تَصَدَّقْ بجِلالِها [٦] وخطامِها ولا تُعطِ الجزّارَ منها شيئًا»** [٧].

وَلا يجوزُ له أنْ يَأكُلَ من دَمِ النّذْرِ شيئًا.

وجُمْلةُ الكلامِ فيه أنّ الدِّماءَ نوعانِ:

---

(١) في المخطوط: «انصرفت عن». (٢) ليست في المخطوط.

(٣) رواه أحمد في مسنده، حديث (٢٥١٤)، و(١٨٤٦٤)، بلفظ: «انحره، واغمس نعله في دمه، واضرب صفحته، وخل بين الناس وبينه فليأكلوه»، ورواه بلفظ قريب مسلم في كتاب الحج، باب: ما يفعل بالهدى إذا عطب في الطريق، حديث (١٣٢٥)، وأبو داود، حديث (١٧٦٣)، والترمذي، حديث (٩١٠)، وابن ماجه، حديث (٣١٠٦).

(٤) زيادة من المخطوط. (٥) في المخطوط: «بلجامها».

(٦) في المخطوط: «بلجامها».

(٧) لم أقف عليه هكذا بطوله. وهو عند مسلم في كتاب الحج، باب: في الصدقة بلحوم الهدى وجلودها وجلالها، حديث (١٣١٧) عن عليّ قال: أمرني رسول الله ﷺ أن أقوم على بُدنه، وأن أتصدق بلحمها وجلوها وأجليتها وأن لا أُعطي الجزار منها، قال: نحن نعطيه من عندنا، وكذا رواه أبو داود، حديث (١٧٦٤)، وفيه بدلاً من «أن أتصدق» و«أقسم جلودَها وجلالها». وكذا ابن ماجه، حديث (١٧٦٤)، وأحمد، حديث (٥٩٣)، ورواه البخاري في كتاب الحج، باب: يتصدق بجلال البدن، حديث (١٧١٨) ولفظه: أهدى النبي ﷺ مائة بدنة فأمرني بلحومها فقسمتها، ثم أمرني بجلالها فقسمتها، ثم بجلودها فقسمتها ولم يذكر فيه: وأن لا أعطي الجزار منها.

نوعٌ يجوزُ لصاحِبِ الدّمِ أنْ يَأكُلَ منه وهو دَمُ المُتْعةِ والقرانِ والأُضْحيّةِ، وهَدْيُ التّطَوُّعِ إذا بَلَغَ مَحِلَّه. [ونوعٌ لا يجوزُ له أنْ يَأكُلَ منه وهو دَمُ النّذْرِ والكفّاراتِ وهَدْيُ الإحصارِ وهَدْيُ التّطَوُّعِ إذا لم يَبْلُغْ مَحِلَّه] (١)؛ لأنّ الدّمَ في النّوْعِ الأوّلِ دَمُ شُكْرٍ فكان نُسُكًا فكان له أنْ يَأكُلَ منه، ودَمُ النّذْرِ دَمُ صَدَقةٍ.

وكذا دَمُ الكفّارةِ في معناه؛ لأنّه وجب تكفيرًا للذّنْبِ.

وكذا دَمُ الإحصارِ؛ لوُجودِ التّحَلُّلِ والخروجِ من الإحرامِ قبلَ أوانِه، وهَدْيُ التّطَوُّعِ إذا لم يَبْلُغْ مَحِلَّه بمعنى (٢) القربةِ في التّصَدُّقِ به، فكان دَمُ صَدَقةٍ، وكُلُّ دَمٍ يجوزُ له أنْ يَأكُلَ منه، لا يجبُ عليه التّصَدُّقُ بلَحمِه (٣) بعدَ الذّبْحِ؛ لأنّه لو وجب عليه التّصَدُّقُ به لَما جاز [له] (٤) أكلُه؛ لما فيه من إبطالِ حَقِّ الفُقراءِ، وكُلُّ (دم) (٥) لا يجوزُ له أنْ يَأكُلَ منه، يجبُ عليه التّصَدُّقُ به بعدَ الذّبْحِ؛ لأنّه إذا لم يَجز له أكلُه ولا يتصَدَّقُ به يُؤَدّي إلى إضاعةِ المالِ.

وكذا لو هَلَكَ المذبوحُ بعدَ الذّبْحِ لا ضَمانَ عليه في النّوْعَيْنِ؛ لأنّه لا صُنْعَ له في الهلاكِ، وإنِ استَهْلَكَه بعدَ الذّبْحِ، فإنْ كان مِمّا يجبُ عليه التّصَدُّقُ به يَضْمَنُ قيمَتَه فيتصَدَّقُ بها؛ لأنّه تَعَلَّقَ به حَقُّ الفُقراءِ فبالاستِهْلاكِ تَعَدّى على حَقِّهم فيَضْمَنُ قيمَتَه ويتصَدَّقُ بها؛ لأنّها بَدَلُ أصلِ مالٍ واجبِ التّصَدُّقِ به. وإنْ كان مِمّا لا يجبُ التّصَدُّقُ به لا يَضْمَنُ شيئًا؛ لأنّه لم يوجَدْ منه التّعَدّي بإتلافِ حَقِّ الفُقراءِ لعَدَمِ تَعَلُّقِ حَقِّهم به.

ولو باع اللّحمَ يجوزُ بَيْعُه في النّوْعَيْنِ جميعًا؛ لأنّ مِلْكَه قائمٌ إلاّ أنّ (فيما لا) (٦) يجوزُ له أكلُه ويجبُ عليه التّصَدُّقُ به يتصَدَّقُ بثَمَنِه؛ (لأنّ ثَمَنَه) (٧) مَبيعٌ، واجبُ التّصَدُّقِ به، لتَعَلُّقِ حَقِّ الفُقراءِ به فيتمكّنُ في ثَمَنِه خَبَثٌ فكان سبيلُه التّصَدُّقَ به واللّه تعالى أعلمُ.

* * *

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «فمعنى».
(٣) في المخطوط: «به».
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المطبوع: «ما».
(٦) في المخطوط: «ما».
(٧) في المخطوط: «لأنه ثمن».

فصل [في بيان العمرة]

وَأَمَّا العُمْرةُ فالكلامُ فيها يَقَعُ في مواضعَ في بيانِ صِفَتِها أنّها واجبةٌ أم لا؟ وفي بيانِ شَرائطِ وُجوبِها إنْ كانتْ واجبةً، وفي بيانِ رُكْنِها وفي بيانِ شَرائطِ الرّكْنِ وفي بيانِ واجباتِها وفي بيانِ سُنَنِها وفي بيانِ ما يُفْسِدُها وفي بيانِ حكمِها إذا فسدتْ.

أمّا الأوّلُ: فقد اختُلِفَ فيها قال أصحابُنا: إنّها واجبةٌ كصَدَقةِ الفِطْرِ والأُضْحيّةِ والوترِ[١]، ومنهم مَنْ أطلَقَ اسمَ السّنّةِ، وهذا الإطلاقُ لا يُنافي الواجبَ[٢] وقال الشّافعيُّ: إنّها فريضةٌ[٣]. وقال بعضُهم: هي تَطَوُّعٌ.

واحتَجَّ هَؤُلاءِ بما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «الحجُّ مكتوبٌ والعُمْرةُ تَطَوُّعٌ»[٤] وهذا نَصٌّ.

وعن جابرٍ رضي الله عنه أنّ رجلاً قال: يا رسولَ اللّه العُمْرةُ أهي واجبةٌ؟ قال: «لا وأنْ تَعتَمِرَ خَيرٌ لَكَ»[٥] واحتَجَّ الشّافعيُّ بقولِه تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة:١٩٦] والأمرُ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوى ص ٥٩، تحفة الفقهاء (١/ ٣٩١ - ٣٩٢)، البناية (٤/ ٤١٧ - ٤٢١)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ١٣٩ - ١٤١)، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (١/ ٢٦٥)، حاشية ابن عابدين (٢٢/ ١٥٥).

(٢) في المخطوط: «الوجوب».

(٣) مذهب الشافعية: قال الشيرازي: وفي العمرة قولان: قال في الجديد: هي فرض، ثم قال: وفي القديم ليست بفرض، وقال النووي في المجموع: إن الصحيح من مذهبنا أنها فرض، انظر: الأم (٢/ ١٣٢، ١٣٣)، مختصر المزني (ص٦٣)، حلية العلماء (٣/ ١٩٢، ١٩٣)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٣، ٤، ٧).

(٤) لم أجده بهذا اللفظ، وروى ابن ماجه في كتاب المناسك، باب: العمرة، حديث (٢٩٨٩) عن طلحة ابن عبيد الله أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: الحج جهاد، والعمرة تطوع. وقال البوصيرى في مصباح الزجاجة (٣/ ١٩٩): هذا إسناد ضعيف، عمر بن قيس، المعروف بسندل، ضعفه أحمد، وابن معين، والفلاس، وأبو زرعة، وأبو حاتم، والبخاري وأبو داود، والنسائي، وغيرهم والحسن الراوي عنه: ضعيف، وضعفه الألباني في الضعيفة (١/ ٣٥٨)، حديث (٢٠٠)، ورواه الشافعي في مسنده (١/ ١١٢) عن أبي صالح الحنفي، عن رسول الله ﷺ، والبيهقي في الكبرى (٤/ ٣٤٨)، حديث (٨٥٣٢) ثم قال: قال الشافعي في الكتاب، فقلت له: يعني بعض المشرقيين أتثبت مثل هذا عن النبي ﷺ؟. فقال: هو منقطع، قال الشيخ: وقد روي من حديث شعبة عن معاوية بن إسحاق عن أبي صالح عن أبي هريرة موصولاً، والطريق فيه إلى شعبة طريق ضعيف، ورواه محمد بن الفضل بن عطية عن سالم الأفطس، عن ابن جبير، عن ابن عباس مرفوعًا، ومحمد هذا: متروك.

(٥) أخرجه الترمذي، كتاب الحج، باب: ما جاء في العمرة أواجبة هي أم لا؟، حديث (٩٣١)،

للفَرْضيةِ [(١)].

ورُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنه قال: «العُمْرةُ هي الحجّةُ الصُغرى»[(٢)]، وقد ثبت فرضيّةُ الحجِّ بنَصِّ الكتابِ العزيزِ.

(ولَنَا): على الشّافعيِّ قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ [آل عمران:٩٧] ولم يذكرِ العُمْرةَ؛ لأنّ مُطْلَقَ اسمِ الحجِّ لا يَقَعُ على العُمْرةِ فمَنْ قال: إنّها فريضةٌ فقد زادَ على النّصِّ، فلا يجوزُ إلاّ بدليلٍ.

وكذا حديثُ الأعرابيِّ الذي جاء إلى رسولِ اللَّه ﷺ [١/ ٢٧٥ب] وسأله عن الإيمانِ والشّرائعِ فبَيّنَ له الإيمانَ وبَيّنَ له الشّرائعَ، ولم يذكرْ فيها العُمْرةَ فقال الأعرابيُّ: هل عَلَيّ شيءٌ غيرُ هذا؟ فقال النّبيُّ ﷺ: «لا إلاّ أنْ تَطَوّعَ»[(٣)] فظاهرُه يقتضي انتِفاءَ فريضةِ العُمْرةِ.

وأمّا الآيةُ الكريمةُ فلا دَلالةَ فيها على فرضيّةِ العُمْرةِ؛ لأنّها قُرِئَتْ برَفْعِ العُمْرةِ: «والعُمْرةُ للَّه» وأنّه كلامٌ تامٌّ بنفسِه غيرُ معطوفٍ على الأمرِ بالحجِّ أخبر اللَّه تعالى أنّ العُمْرةَ

والدارقطني في سننه (٢/ ٢٨٥)، حديث (٢٢٣)، من حديث جابر بن عبد الله. وفي إسناده الحجاج بن أرطاة قال الحافظ في الفتح (٣/ ٥٩٧): «والحجاج ضعيف، وقد روى ابن لهيعة عن عطاء عن جابر مرفوعًا: «الحج والعمرة فريضتان». أخرجه ابن عدي، وابن لهيعة ضعيف. ولا يثبت في هذا الباب عن جابر شيء، بل روى ابن الجهم المالكي بإسناد حسن عن جابر: ليس مسلم إلا عليه عمرة، موقوف على جابر».

(١) في المخطوط: «للفريضة».

(٢) لم أقف عليه مرفوعًا بهذا اللفظ، ورُوي هذا الكلام عن بعض التابعين، ومن ذلك: ما ذكره ابن حزم في المحلى (٧/ ٤١) عن عبد الله بن شداد قال: العمرة الحج الأصغر، وعن مجاهد قال: العمرة الحجة الصغرى، وانظر مصنف ابن أبي شيبة (٣/ ٢٢٥)، وروى الدارقطني في سننه (٢/ ٢٨٥)، حديث (٢٢٢)، والبيهقي في الكبرى (٤/ ٣٥٢)، حديث (٨٥٥٣)، عن أبي بكر بن محمد بن حزم، عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ كتب إلى أهل اليمن كتابًا، وبعث به مع عمرو بن حزم، وفيه: . . . «وأن العمرة الحج الأصغر . . .»، وعزاه الزيلعي في نصب الراية (٣/ ١٤٨) إلى ابن الجوزي في التحقيق (٢/ ١٢٣). وقال: قال صاحب التنقيح: سليمان بن داود هذا، قال فيه غير واحد من الأئمة إنه سليمان بن أرقم وهو متروك، وانظر الإرواء (١/ ١٥٨)، حديث (١٢٢)، وضعيف الجامع (٢٣٣٣).

(٣) رواه البخاري في كتاب: الإيمان، باب: الزكاة من الإسلام، حديث (٤٦)، ومسلم، كتاب الإيمان، باب: بيان الصلوات التي هي أحد أركان الإسلام، حديث (١١)، وأبو داود، حديث (٣٩١)، والنسائي، حديث (٤٥٨)، كلهم عن طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه.

للَّه رَدًّا لزَعمِ الكفَرةِ؛ لأنّهم [كانوا] [١] يجعلونَ العُمْرةَ للأصنامِ على ما كانتْ عِبادَتُهم [٢] من الإشراكِ.

وأمَّا على قراءةِ العامَّةِ فلا حُجَّةَ له فيها أيضًا؛ لأنّ فيها أمرٌ بإتمامِ العُمْرةِ، وإتمامُ الشّيءِ يكونُ بعدَ الشُّروعِ فيه، وبه نقول: إنّها بالشُّروعِ تَصيرُ [٣] فريضةً مع ما أنّه رُوِيَ عن عَليٍّ وابنِ مسعودٍ رضي الله عنهما أنّهما قالا في تَأوِيلِ الآيةِ: إتمامُهما أنْ تُحْرِمَ بهما من دوَيْرةِ أهلِك [٤] على أنّ هذا إنْ كان (أمرًا بإنْشاءِ العُمْرةِ) [٥] فما الدّليلُ على أنّ مُطْلَقَ الأمرِ يُفيدُ الفرضيّةَ؟! بل الفرضيّةُ عندَنا ثبتتْ بدليلٍ زائدٍ وراءَ نفسِ الأمرِ، وإنّما يُحمَلُ على الوُجوبِ احتياطًا وبه نقول: إنّ العُمْرةَ واجبةٌ، ولكنّها ليستْ بفَريضةٍ وتسميَتُها حَجَّةً صُغْرى في الحديثِ يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ في حكمِ الثّوابِ؛ لأنّها ليستْ بحَجَّةٍ حقيقةً.

ألا ترى أنّها عُطِفَتْ على الحجَّةِ في الآيةِ، والشّيءُ لا يُعطَفُ على نفسِه في الأصلِ؟! ويُقالُ: حَجَّ فُلانٌ وما اعتمرَ، على أنّ وصْفَها بالصِّغَرِ دليلُ انحِطاطِ رُتْبَتِها عن الحجِّ، فإذا كان الحجُّ فرضًا فيجبُ أنْ تكونَ هي واجبةً؛ ليظهرَ الانحِطاطُ إذِ الواجبُ دونَ الفرضِ، وإطلاقُ اسمِ التّطَوُّعِ عليها في الحديثِ يُصْلَحُ حُجَّةً على الشّافعيِّ لا علينا؛ لأنّه يقولُ بفَرْضيّةِ العُمْرةِ، والتّطَوُّعُ لا [يُحْتَمَلُ أنْ] [٦] يكونَ فرضًا، ونحنُ نقول بوُجوبِ العُمْرةِ، والواجبُ ما يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ فرضًا. ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ تَطوُّعًا، فكان إطلاقُ اسمِ التّطَوُّعِ صحيحًا على أحدِ الاحتِمالينِ وليس للفَرْضِ هذا الاحتِمالُ فلا يَصِحُّ الإطلاقُ، وقولُ السّائلِ في الحديثِ السّابِقِ [٧]: (أهي واجبةٌ؟) محمولٌ على الفرضِ إذْ هو الواجبُ على الإطلاقِ عَمَلًا واعتِقادًا عَيْنًا، فقولُ النّبيِّ ﷺ لا نَفْيَ له، وبه نقول.

وأمَّا شَرائطُ وُجوبِها فهي شَرائطُ وُجوبِ الحجِّ؛ لأنّ الواجبَ مُلْحَقٌ بالفرضِ في حَقِّ الأحكامِ، وقد ذكرنا ذلك في فصلِ الحجِّ.

وأمَّا رُكْنُها فالطّوافُ لقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا۟ بِٱلْبَيْتِ ٱلْعَتِيقِ﴾ [الحج: ٢٩]؛

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «عادتهم».

(٣) في المخطوط: «تعتبر».

(٤) سبق تخريجه.

(٥) في المخطوط: «إنشاء للعمرة».

(٦) ليست في المخطوط.

(٧) في المخطوط: «الآخر».

ولِإجماعِ الأُمَّةِ عليه .

وأمَّا شَرائطُ الرّكْنِ فما ذكرنا في الحجِّ إلاَّ الوقتَ، فإنّ السّنةَ كُلَّها وقتُ العُمْرةِ، وتجوزُ في غيرِ أشهُرِ الحجِّ وفي أشهُرِ الحجِّ لكنّه يُكْرَه فعلُها في يوم عَرَفَةَ ويومِ النّحْرِ وأيّامِ التّشْريقِ[١] . أمَّا الجوازُ في الأوقات كُلِّها فلِقولِه تعالى : ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة:١٩٦] مُطْلَقًا عن الوقتِ. وقد رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنّها قالتْ : ما اعتَمرَ رسولُ اللّٰه ﷺ عُمْرةَ إلاَّ شهِدْتُها وما اعتَمرَ إلاَّ في ذي القعدةِ[٢] . وعن عِمْرانَ بنِ حُصَيْنٍ رضي الله عنه أنّ النّبيّ ﷺ اعتَمرَ مع طائفةٍ من أهلِه في عَشرِ ذي الحِجَّةِ[٣] فدلَّ الحديثانِ [٤] على أنّ جوازَها في أشهُرِ الحجِّ، وما رُوِيَ عن عمرَ رضي الله عنه أنّه كان يَنْهَى عنها في أشهُرِ الحجِّ فهو محمولٌ على نَهْيِ الشّفَقةِ على أهلِ الحرَمِ لئَلاَّ يكونَ الموسِمُ في وقتٍ واحِدٍ من السّنةِ بل في وقتَيْنِ لتوسُّعِ المعيشةِ على أهلِ الحرَمِ إلاَّ أنّه يُكْرَه في الأيّامِ الخمسةِ عندَنا في ظاهرِ الرِّوايةِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه لا يَكْرَه يومَ عَرَفَةَ قبلَ الزّوالِ. وقال الشّافعيُّ : لا يُكْرَه في هذه الأيّامِ أيضًا[٥]، واحتَجَّ بما تَلونا من هذه الآيةِ وبِما رَوَيْنا من الحديثَيْنِ ؛ لأنّه دخل يومُ

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوى ص ٧٤، المبسوط (٤/ ١٧٨)، تحفة الفقهاء (١/ ٣٩٢)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ١٣٦، ١٣٩)، البناية (٤/ ٤١٥ - ٤١٧).

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ١٦٠)، حديث (١٣٠٤٣)، ورواه ابن ماجه في كتاب المناسك، باب: العمرة في ذي القعدة، حديث (٢٩٩٧)، عن عائشة قالت: لم يعتمر رسول الله ﷺ عمرة إلا في ذي القعدة، وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه.

(٣) رواه البيهقي في الكبرى (٤/ ٣٤٤)، حديث (٨٥١٣)، وقال: أخرجه مسلم في الصحيح من حديث الجريري، وزاد: «ولم ينه عنه حتى مضى لوجهه»، ورواه الطبراني في الكبير (١٨/ ١١٣)، حديث (٢١٥) كلاهما عن عمران بن حصين. أما ما رواه مسلم، فهو في كتاب الحج ، وجواز التمتع، حديث (١٢٢٦)، عن عمران بن حصين، وفيه: « . . . قد أعمر طائفة من أهله في العشر فلم تنزل آية تنسخ ذلك، ولم ينه عنه حتى مضى لوجهه . . . » قلت: وكذا رواه ابن ماجه، في كتاب المناسك، باب: التمتع بالعمرة إلى الحج، حديث (٢٩٧٨)، وصححه الشيخ الألباني في صحيح ابن ماجه.

(٤) في المخطوط: «الحديث».

(٥) مذهب الشافعية: أن العمرة في كل شهر من السنة كلها، إلا أنه ينهى المحرم بالحج أن يعتمر في أيام التشريق لأنه معكوف على عمل الحج ولا يخرج منه إلى الإحرام حتى يفرغ من جميع عمل الإحرام الذي أفرده ، انظر: الأم (٢/ ١٣٣، ١٣٤)، مختصر المزني ص ٦٣ ، حلية العلماء (٣/ ٢١٢، ٢١٣)، المجموع مع المهذب (٧/ ١٤٧ - ١٤٩).

عَرَفَةَ ويومُ النّحْرِ فيها [(١)].

وجه روايةِ أبي يوسفَ، أنّ ما قبلَ الزّوالِ من يومِ عَرَفةَ ليس وقتَ الوُقوفِ، فلا يَشْغَلُه عن [الوُقوفِ في] [(٢)] وقتِه.

(ولَنا): ما رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنّها قالتْ: وقتُ العُمْرةِ السّنةُ كُلُّها إلاّ يومَ عَرَفةَ ويومَ النّحْرِ وأيّامَ التّشْريقِ[(٣)]. والظّاهرُ أنّها قالتْ سَماعًا من رسولِ اللّه ﷺ؛ لأنّه بابٌ لا يُدْرَكُ بالاجتِهادِ، ولأنّ هذه الأيّامَ أيّامُ شُغْلِ الحاجِّ [(٤)] بأداءِ الحجِّ، والعُمْرةُ فيها تشغَلُهم عن ذلك ورُبّما يَقَعُ الخلَلُ فيه فيُكْرَه، ولا حُجّةَ له فيما ذُكِرَ؛ لأنّ ذلك يَدُلُّ على الجوازِ وبه نقول، وإنّما الكلامُ في الكراهةِ والجوازِ لا يَنْفيها، وقد قام دليلُ الكراهةِ وهو ما ذكرنا. وكذا يختلفانِ في الميقات في حَقِّ أهلِ مكّةَ فميقاتُهم للحَجِّ من دوَيْرةِ أهلِهم، وللعُمْرةِ من الحِلِّ التّنْعيمِ أو غيرِه.

ومحظوراتُ العُمْرةِ ما هو محظوراتُ الحجِّ، وحكمُ ارتِكابِها [(٥)] في العُمْرةِ ما هو الحكمُ في الحجِّ، وقد مَضَى بيانُ ذلك كُلِّه في الحجِّ.

وأمّا واجباتُها فشيئانِ: السّعيُ بين الصّفا والمروةِ [١/ ٢٧٦أ]، والحلْقُ أو التّقْصيرُ.

فأمّا طَوافُ الصّدْرِ فلا يجبُ على المُعتَمِرِ، وقال الحسَنُ بنُ زيادٍ: يجبُ عليه كذا ذكر الكَرْخيُّ.

وجه قولِه: أنّ طَوافَ الصّدْرِ طَوافُ الوَداعِ والمُعتَمِرُ يحتاجُ إلى الوَداعِ، كالحاجِّ.

ولَنا: أنَّ الشّرعَ عَلّقَ طَوافَ الصّدْرِ بالحجِّ بقولِ النّبيِّ ﷺ: **«مَنْ حَجَّ هذا البيتَ فلْيكنْ آخِرَ عَهْدِه به الطّوافُ»**[(٦)].

وأمّا سُنَنُها: فما ذكرنا في الحجِّ غيرَ أنّه إذا استَلَمَ الحجَرَ يقطَعُ التّلْبيةَ عندَ أوّلِ شوْطٍ من

---

(١) في المخطوط: «فيهما». (٢) ليست في المخطوط.

(٣) وروى البيهقي في الكبرى (٤/ ٣٤٦)، حديث (٨٥٢٣) عن عائشة قالت: حلت العمرة في السنة كلها، إلا في أربعة أيام: يوم عرفة، ويوم النحر، ويومان بعد ذلك، وقال البيهقي: وهذا موقوف، وهو محمول عندنا على من كان مشتغلاً بالحج، فلا يدخل العمرة عليه، ولا يعتمر حتى يكمل عمل الحج كله.

(٤) في المخطوط: «الحج». (٥) في المخطوط: «أركانها».

(٦) تقدم قريبًا.

الطّوافِ عندَ عامَّةِ العُلَماءِ. وقال مالِكٌ: إنْ كان إحرامُه [١] للعُمْرةِ من المدينةِ يقطَعُ التّلْبيةَ إذا دخلَ الحرم، وإنْ كان إحرامُه لها من مكّةَ يقطَعُ إذا وقَعَ بَصَرُه على البيتِ[٢]، والصّحيحُ قولُ العامَّةِ لما رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّ النّبيّ ﷺ كان يُلَبّي في العُمْرةِ حتّى يستَلِمَ الحجَرَ[٣].

وعن عَمْرِو بنِ شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّه رضي الله عنهم أنّ النّبيّ ﷺ اعتمرَ ثلاثَ عمرٍ في ذي القعدةِ وكان يُلَبِّي في ذلك حتّى يستَلِمَ الحجَرَ[٤] ولأنّ استِلامَ الحجَرِ نُسُكٌ ودخولُ الحرَمِ ووُقوعُ البصَرِ على البيتِ ليس بنُسُكٍ فقَطْعُ التّلْبيةِ عندَنا هو نُسُكٌ أولى، ولِهذا يقطَعُ التّلْبيةَ في الحجِّ عندَ الرّمْيِ؛ لأنّه نُسُكٌ كذا هذا واللهُ أعلَمُ.

وَأَمّا بيانُ ما يُفْسِدُها وبيانُ حكمِها إذا فسدتْ فالذي يُفْسِدُها الجِماعُ لكنْ عندَ وُجودِ شرطِ كونِه مُفْسِدًا، وذلك شيئَانِ:

احدُهما: الجِماعُ في الفرجِ لما ذكرنا في الحجِّ.

والثاني: أنْ يكونَ قبلَ الطّوافِ كُلِّه أو أكثرِه، وهو أربعةُ أشواطٍ؛ لأنّ رُكْنَها الطّوافُ، فالجِماعُ حَصَلَ قبلَ أداءِ الرّكْنِ فيُفْسِدُها كما لو حَصَلَ قبلَ الوُقوفِ بعَرَفَةَ في الحجِّ، وإذا فسدتْ يمضي فيها ويقضيها وعليه شاةٌ لأجلِ الفسادِ عندَنا[٥].

---

(١) في المخطوط: «أحرم».

(٢) **انظر في مذهب المالكية:** المدونة (١/ ٤٩١، ٤٩٢)، المنتقى شرح الموطأ (٢/ ٢٢٦)، التاج والإكليل (٤/ ١٥٠)، منح الجليل (٢/ ٢٦٦).

(٣) رواه أبو داود، كتاب المناسك، باب: متى يقطع المعتمر التلبية؟، حديث (١٨١٧)، عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «يلبي المعتمر حتى يستلم الحجر»، وضعفه الألباني في الإرواء (١٠٩٩)، ورواه الترمذي في كتاب الحج، باب: ما جاء متى تقطع التلبية في العمرة، حديث (٩١٩)، عن ابن عباس يرفع الحديث أنه كان يُمسك عن التلبية في العمرة إذا استلم الحَجَرَ. وضعفه الألباني مرفوعًا، وصححه موقوفًا على ابن عباس، انظر ضعيف الترمذي (٩١٩).

(٤) رواه بهذا اللفظ والسند الإمام أحمد في مسنده، حديث (٦٦٤٧)، وفيه: حجاج بن أرطاة صدوق كثير الخطأ والتدليس، قال عنه يحيى بن معين: صدوق، ليس بالقوى، يُدلس عن عمرو. وقال عنه علي بن المدينى: تركته عمدًا، وقال عنه أحمد بن حنبل: ليس يكاد له حديث إلا وفيه زيادة.

(٥) **انظر في مذهب الحنفية:** الأصل (٢/ ٤١٧، ٤١٨، ٤٧١)، مختصر الطحاوى ص ٦٧، متن القدوري ص ٣٠، المبسوط (٤/ ٥٧، ١١٨)، فتح القدير مع الهداية (٣/ ٤٤ - ٤٦)، البناية مع الهداية (٤/ ٢٧١ - ٢٧٣)، الاختيار (١/ ١٦٤)، مجمع الأنهر مع ملتقى الأبحر (١/ ٢٩٥).

وقال [١] الشّافعيُّ: بَدَنةٌ كما في الحجِّ[٢] فإنْ جامع بعدَ ما طافَ أربعةَ أشواطٍ أو بعدَ ما طافَ الطّوافَ كُلَّه قبلَ السّعيِ أو بعدَ الطّوافِ والسّعيِ قبلَ الحلْقِ لا تفسُدُ عُمْرَتُه؛ لأنّ الجِماعَ حَصَلَ بعدَ أداءِ الرّكْنِ، وعليه دَمٌ لحُصُولِ الجِماعِ في الإحرامِ، وإنْ جامع بعدَ الحلْقِ لا شيءَ عليه لخُروجِه عن الإحرامِ بالحلْقِ فإنْ جامع ثمّ جامع فهو على التّفْصيلِ والاتِّفاقِ والاختِلافِ الذي ذكرنا في الحجِّ واللَّه الموَفِّقُ.

* * *

(١) في المخطوط: «عند».
(٢) مذهب الشافعية أنه إذا جامع قبل الوقوف وجبت عليه بدنة، انظر مختصر المزني ص ٦٩، حلية العلماء (٣/ ٢٦٦)، المجموع شرح المهذب (٧/ ٣٨٤، ٣٨٥، ٤١٤)، فتح العزيز مع الوجيز (٧/ ٤٧١، ٤٧٢).

كتاب النكاح



[2/2أ] كتاب النكاح(1)

الكلامُ في هذا الكتابِ في الأصلِ في أربعةِ مواضعَ:

في بيانِ صِفةِ النّكاحِ [المشروعِ] (2).

وفي بيانِ رُكْنِ النّكاحِ.

وفي بيانِ شَرائطِ الرّكْنِ.

وفي بيانِ حكمِ النّكاحِ (3).

أمّا الأوّل فنقول: لا خلافَ [في] (4) أنّ النّكاحَ فرضٌ حالةَ التّوَقانِ، حتّى إنّ مَنْ تاقَتْ نفسُه إلى النّساءِ بحيث لا يُمْكِنُه الصّبْرُ عنهُنّ وهو قادِرٌ على المهْرِ والنّفَقةِ ولم يتزَوّجْ يَأثمُ، واختُلِفَ فيما إذا لم تَتُقْ نفسُه إلى النّساءِ على التّفْسيرِ الذي ذكرنا، قال نُفاةُ القياسِ مثلُ داوُد بنِ عَليٍّ الأصفَهانيِّ وغيرِه من أصحابِ الظّواهرِ: إنّه فرضُ عَيْنٍ بمنزلةِ الصّومِ والصّلاةِ وغيرِهما (5) من فُروضِ الأعيانِ، حتّى إنّ مَنْ تركه مع القُدْرةِ على المهْرِ والنّفَقةِ والوَطْءِ يَأثمُ(6).

وقال الشّافعيُّ: إنّه مُباحٌ كالبيْعِ والشّراءِ(7).

---

(1) النكاح مصدر نكح، يقال: نكح فلان امرأة ينكحها إذا تزوجها، ونكحها ينكحها: وطئها أيضا. واصطلاحا: عقد يفيد ملك المتعة قصدا، بين رجل وامرأة من غير مانع شرعي. والخطبة مقدمة للنكاح، ولا يترتب عليها ما يترتب على النكاح. وسيأتي تفصيل ذلك. انظر الموسوعة الفقهية (19/ 190).

(2) ليست في المخطوط.

(3) في المخطوط: «الركن».

(4) زيادة من المخطوط.

(5) في المخطوط: «نحوهما».

(6) قال ابن حزم: «وفرض على كل قادر على الوطء إن وجد من أين يتزوج أو يَتَسَرَّى أن يفعل أحدهما ولا بد، فإن عجز عن ذلك فليكثر من الصوم» انظر المحلى (9/ 3) مسألة (1819).

(7) في بيان مذهب الشافعية يقول النووي: «التائق إن وجد أهبة النكاح استحب له سواء كان مقبلا على العبادة أم لا، وإن لم يجدها فالأولى أن لا يتزوج ويكسر شهوته بالصوم فإن لم تنكسر به لم يكسرها بالكافور ونحوه بل يتزوج». انظر روضة الطالبين (7/ 18)، المهذب (2/ 34)، حاشيتي قليوبي .....=

واختلف أصحابُنا فيه[1].

قال بعضُهم: إنّه مندوبٌ ومُستَحَبٌّ. وإليه ذهب من أصحابِنا الكَرْخيُّ.

وقال بعضُهم: إنّه فرضُ كفايةٍ إذا قام به البعضُ سَقَطَ عن الباقينَ، بمنزِلةِ الجِهادِ وصلاةِ الجِنازةِ.

وقال بعضُهم: إنّه واجبٌ.

ثمّ القائلونَ بالوُجوبِ اختلفوا في كيفيّةِ الوُجوبِ، قال بعضُهم: إنّه واجبٌ على سبيلِ الكفايةِ، كرَدِّ السّلامِ.

وقال بعضُهم: إنّه واجبٌ عَيْنًا، [لكنْ] [2] عَمَلاً لا اعتِقادًا على طَريقِ التّعيينِ، كصَدَقةِ الفِطْرِ والأُضْحيّةِ والوترِ.

احتَجَّ أصحابُ الظّواهرِ بظَواهرِ النُّصُوصِ من نحوِ قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء:٣]، وقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾ [النور:٣٢].

وقولِ النّبيِّ ﷺ: «تزَوّجوا ولا تُطَلِّقوا فإنّ الطّلاقَ يَهتَزُّ له عَرْشُ الرّحمَنِ»[3]. وقولِه ﷺ: «تَناكَحوا تَكثُروا فإنّي أُباهي بكم الأُمَمَ يومَ القيامةِ»[4] أمرَ اللّه عَزَّ وجَلَّ بالنِّكاحِ مُطْلَقًا،

=وعميرة (٣/ ٢٠٧)، نهاية المحتاج (٦/ ١٨٠)، حاشية الجمل (٤/ ١١٦)، حاشية البجيرمي على الخطيب (٣/ ٣٥٨)، التجريد لنفع العبيد (٣/ ٣٢٢).

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ١٩٣ - ١٩٤)، تبيين الحقائق (٢/ ٩٥)، فتح القدير (٣/ ١٨٤)، البحر الرائق (٣/ ٨٢)، درر الحكام (١/ ٣٢٦)، رد المحتار (٣/ ٦).

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) موضوع: رواه ابن عدي في الكامل (٥/ ١١٢)، والخطيب البغدادي (١٢/ ١٩١)، (٦٦٥٤) في ترجمة عمرو بن جميع، كلاهما عن علي. وعمرو بن جميع قال عنه يحيى: كان يحدث في المسجد، وكان كذابًا خبيثًا، يقال له: الحلواني، وقال عنه النسائي: عمرو بن جميع: متروك الحديث. قال الخطيب في تاريخه: كان يروى المناكير عن المشاهير، والموضوعات عن الأثبات، وقال العجلوني في كشف الخفاء (١/ ٣٦١): قال الصنعاني: موضوع، وقال ابن الجوزي: حديث موضوع.

(٤) رواه بهذا اللفظ عبد الرزاق في مصنفه (٦/ ١٧٣)، حديث (١٠٣٩١)، عن سعيد بن أبي هلال أن النبي ﷺ قال: .. فهو مرسل. ولذا ضعفه الألباني في ضعيف الجامع (٢٤٨٤)، وثبت الحديث بألفاظ مختلفة صحيحة، وهي كثيرة انظرها في الصحيحة (١٧٨٢، ٢٣٨٣)، وصحيح الترغيب والترهيب (١٩٢١)، وآداب الزفاف، ص (١٦)، وصحيح الجامع (٦٨٠٧).

والأمرُ المُطْلَقُ للفَرْضيةِ والوُجوبِ قَطْعًا، إلاَّ أنْ يقومَ الدّليلُ بخلافِه، ولأنّ الامتِناعَ من الزِّنا واجبٌ ولا يُتوصّلُ إليه إلاَّ بالنّكاحِ، وما لا يُتوصّلُ إلى الواجبِ إلاَّ به يكونُ واجبًا.

واحتجَّ الشّافعيُّ بقولِه تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء:٢٤] أخبر عن إحلالِ النّكاحِ، والمُحَلَّلُ[1] والمُباحُ من الأسماءِ المُترادِفةِ، ولأنه قال: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم﴾ [النساء:٢٤] ولَفْظُ لَكم يُستَعملُ في المُباحاتِ، ولأنّ النّكاحَ سببٌ يُتوصّلُ به إلى قضاءِ الشهوةِ فيكونُ مُباحًا كشِراءِ الجاريةِ للتّسَرّي بها، وهذا لأنّ قضاءَ الشهوةِ إيصالُ النّفْعِ إلى نفسِه، وليس يجبُ على الإنسانِ إيصالُ النّفْعِ إلى نفسِه بل هو مُباحٌ في الأصلِ، كالأكلِ والشُّربِ، وإذا كان مُباحًا لا يكونُ واجبًا لما بينهما من التّنافي والدّليلُ على أنّ النّكاحَ ليس بواجبٍ قوله تعالى: ﴿وَسَيِّدًا وَحَصُورًا وَنَبِيًّا مِّنَ ٱلصَّٰلِحِينَ﴾ [آل عمران:٣٩] وهذا خرج مخرَجَ المدحِ ليحيَى عليه الصلاة والسلام بكونِه حَصُورًا، والحصُورُ الذي لا يأتي النِّساءَ مع القُدْرةِ ولو كان واجبًا لَما استَحَقَّ المدحَ بتركِه؛ لأنّ تركَ الواجبِ لأنْ يُذَمَّ عليه أولى من أنْ يُمْدَحَ.

واحتَجَّ مَنْ قال من أصحابِنا: إنّه مندوبٌ إليه ومُستَحَبٌّ بما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «مَنِ استطاعَ منكم الباءةَ فلْيتزوّجْ، ومَنْ لم يستَطِعْ فلْيَصُم فإنّ الصّومَ له وِجاءٌ»[2] أقام الصّومَ مَقامَ النّكاحِ، والصّومُ ليس بواجبٍ فدَلَّ أنّ النّكاحَ ليس بواجبٍ أيضًا، لأنّ غيرَ الواجبِ لا يقومُ مَقامَ الواجبِ؛ ولأنّ في الصّحابةِ رضي الله عنهم مَنْ لم تكُنْ له زَوْجةٌ، ورسولُ اللّه ﷺ عَلِمَ منه بذلك ولم يُنْكِرْ عليه، فدَلَّ أنّه ليس بواجبٍ.

ومَنْ قال منهم: إنّه فرضٌ أو واجبٌ على سبيلِ الكفايةِ احتَجَّ بالأوامِرِ الوارِدةِ في بابِ النّكاحِ والأمرُ المُطْلَقُ للفَرْضيّةِ والوُجوبِ قَطْعًا، والنّكاحُ لا يحتَمِلُ ذلك على طَريقِ التّعيينِ؛ لأنّ كُلَّ واحِدٍ من آحادِ النّاسِ لو تركه لا يأثمُ، فيُحمَلُ على الفرضيّةِ والوُجوبِ

(١) في المخطوط: «التحلل».

(٢) رواه البخاري، كتاب النكاح، باب: قول النبي ﷺ: من استطاع منكم الباءة فليتزوج، حديث (٥٠٦٥)، ومسلم، كتاب النكاح، باب: استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه...، حديث (١٤٠٠)، وأبو داود، حديث (٢٠٤٦)، والترمذي، حديث (١٠٨١)، والنسائي، حديث (٣٢١١)، كلهم عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، بلفظ: «ومن لم يستطع فعليه بالصوم». أما لفظ المصنف: ومن لم يستطع فليصم فرواه النسائي في كتاب النكاح، باب: الحث على النكاح، حديث (٣٢٠٧)، وابن حبان (٩/ ٣٣٥)، حديث (٤٠٢٦).

على طَريقِ الكفايةِ، فأشبَهَ الجِهادَ، وصلاةَ الجِنازةِ، وردَّ السّلامِ.

ومَنْ قال منهم [(١)]: إنّه واجبٌ عَيْنًا لكنْ عَمَلًا لا اعتِقادًا على طَريقِ التّعيينِ، يقولُ: صيغةُ الأمرِ المُطْلَقةُ عن القرينةِ تحتمِلُ الفرضيّةَ، وتحتمِلُ النّدْبَ؛ لأنّ [(٢)] الأمرَ دُعاءٌ وطَلَبٌ، ومعنى الدُّعاءِ والطّلَبِ موجودٌ في كُلِّ واحِدٍ منهما، فيُؤْتَى بالفعلِ لا مَحالةَ، وهو تفسيرُ وُجوبِ العملِ، ويُعتقَدُ على الإبهامِ على أنّ ما أرادَ اللّه تعالى بالصّيغةِ من [٢/ ٢ب] الوُجوبِ القطْعيِّ أو النّدْبِ فهو حَقٌّ؛ لأنّه إنْ كان واجبًا عندَ اللّه فخرج عن العُهْدةِ بالفعلِ، فيَأمَنُ الضّرَرَ وإنْ كان مندوبًا يحصُلُ له الثّوابُ، فكان القولُ بالوُجوبِ على هذا الوجه أخذًا بالثّقةِ، والاحتياطِ، واحتِرازًا عن الضّرَرِ بالقدرِ المُمْكِنِ، وأنّه واجبٌ شرعًا وعَقْلًا.

وعلى هذا الأصلِ بَنَى أصحابُنا مَنْ قال منهم: إنّ النِّكاحَ فرضٌ أو واجبٌ؛ لأنّ الاشتِغالَ به مع أداءِ الفرائضِ والسّنَنِ أولى من التّخَلّي لنوافِلِ العِباداتِ مع تركِ النِّكاحِ، وهو قولُ أصحابِ الظّواهرِ لأنّ الاشتِغالَ بالفرضِ والواجبِ كيفما كان أولى من الاشتِغالِ بالتّطَوُّعِ.

ومَنْ قال منهم: إنّه مندوبٌ، ومُستَحَبٌّ؛ فإنّه يُرَجِّحُه على النّوافِلِ من وُجوهٍ أُخَرَ:

احدُها: أنّه سُنّةٌ قال النّبيُّ ﷺ: «**النِّكاحُ سُنّتي**» [(٣)] والسّنَنُ مُقَدَّمةٌ على النّوافِلِ بالإجماعِ. ولأنّه أوعَدَ على تركِ السّنّةِ بقولِه «**فمَنْ رَغِبَ عن سُنّتي فليس مِنّي**»[(٤)] ولا وعيدَ على تركِ النّوافِلِ.

والثّاني: أنّه فعله رسولُ اللّه ﷺ وواظَبَ عليه أي: داوَمَ وثبت عليه، بحيث لم يخلُ عنه، بل كان يزيدُ عليه حتّى تَزَوّجَ عَدَدًا مِمّا أُبيحَ له من النِّساءِ. ولو كان التّخَلّي للنّوافِلِ أفضلَ لَما فعل؛ لأنّ الظّاهرَ أنّ الأنبياءَ - عليهم الصلاة والسلام - لا يَتْرُكونَ الأفضلَ فيما له حَدٌّ

(١) في المخطوط: «منهم من قال». (٢) في المخطوط: «و».

(٣) الحديث بهذا السياق: أخرجه ابن ماجه، كتاب: النكاح، باب: ما جاء في فضل النكاح، برقم (١٨٤٦)، من حديث عائشة رضي الله عنها، والحديث حسنه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه.

(٤) أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب: الترغيب في النكاح، حديث (٥٠٦٣)، ومسلم، كتاب النكاح، باب: استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه...، حديث (١٤٠١)، والنسائي، حديث (٣٢١٧)، من حديث أنس رضي الله عنه.

معلومٌ؛ لأنّ تركَ الأفضلِ فيما له حَدٌّ معلومٌ عُدّ زَلّةً منهم، وإذا ثبت أفضليّةُ النّكاحِ في حَقِّ النّبيِّ ﷺ ثبت في حَقِّ الأُمّةِ؛ لأنّ الأصلَ من الشّرائعِ هو العُمومُ، والخصُوصُ بدليلٍ.

والثالث: أنّه سببٌ يُتوصّلُ به إلى مقصُودٍ هو مُفَضّلٌ على النّوافِلِ؛ لأنّه سببٌ لصيانةِ النّفْسِ عن الفاحِشةِ، وسببٌ لصيانةِ نفسِها عن الهلاكِ بالنّفَقةِ، والسّكْنَى، واللّباسِ، لعَجْزِها عن الكسبِ، وسببٌ لحُصُولِ الوَلَدِ الموَحِّدِ. وكُلُّ واحِدٍ من هذه المقاصِدِ مُفَضّلٌ على النّوافِلِ[١]، فكذا السّبَبُ الموَصِّلُ إليه كالجِهادِ والقضاءِ. وعندَ الشّافعيِّ التّخَلّي للنّوافِلِ أولى[٢].

وتخريجُ المسألةِ [على أصلِه] [٣] ظاهرٌ؛ لأنّ النّوافِلَ مندوبٌ إليها، فكانتْ مُقَدّمةً على المُباحِ، وما ذكره من دَلائلِ الإباحةِ والحِلِّ فنحنُ نقول بموجِبِها: إنّ النّكاحَ مُباحٌ، وحَلالٌ في نفسِه لكنّه واجبٌ لغيرِه، أو مندوبٌ ومُستَحَبٌّ لغيرِه من حيث إنّه صيانةٌ للنّفْسِ من الزّنا ونحوِ ذلك على ما بيّنّا، ويجوزُ أنْ يكونَ الفعلُ الواحِدُ حَلالاً بجِهةٍ، واجبًا أو مندوبًا إليه بجِهةٍ؛ إذْ لا تَنافيَ عندَ اختِلافِ الجِهتَيْنِ.

وأمّا قولُه عَزّ وجَلّ: ﴿وَسَيِّدًا وَحَصُورًا وَنَبِيًّا مِّنَ ٱلصَّٰلِحِينَ﴾ [آل عمران: ٣٩] فاحتَمَلَ أنّ التّخَلّيَ للنّوافِلِ كان أفضلَ من النّكاحِ في شَريعَتِه، ثمّ نُسِخَ ذلك في شَريعَتِنا بما ذكرنا من الدّلائلِ - واللهُ أعلَمُ -.

فصل [في ركن النكاح]

وأمّا رُكْنُ النّكاحِ فهو الإيجابُ والقبولُ. وذلك بألفاظٍ مخصُوصةٍ، أو ما يقومُ مَقامَ اللّفْظِ، فيقَعُ الكلامُ في هذا الفصلِ في أربعةِ مواضعَ:

أحدُها: في بيانِ اللّفْظِ الذي يَنْعَقِدُ النّكاحُ به بحُروفِه.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ٢١٥).

(٢) مذهب الشافعية: أنه إن لم يكن مشتغلا بالعبادة فوجهان أصحهما النكاح أفضل، ورأى آخر تركه أفضل لما فيه من الخطر بالقيام بالواجبات، وفي شرح مختصر الجويني: أنه إن خاف الزنا وجب عليه النكاح، انظر المبسوط (٤/ ٢١٥)، روضة الطالبين (٥/ ٣٦٣).

(٣) ليست في المخطوط.

والثّاني: في بيانِ صيغةِ ذلك اللّفْظِ.

والثّالث: في بيانِ أنّ النّكاحَ هل يَنْعَقِدُ بعاقِدٍ واحِدٍ أو لا يَنْعَقِدُ إلاّ بعاقِدَيْنِ.

والرّابِعُ: في بيانِ صِفةِ الإيجاب والقبولِ.

أمّا بيانُ اللّفْظِ الذي يَنْعَقِدُ به النّكاحُ بحُروفِه فنقول - وبِاللّه التّوْفيقُ -:

لا خلافَ أنّ النّكاحَ يَنْعَقِدُ بلَفْظِ الإنْكاحِ والتّزْوِيجِ، وهل يَنْعَقِدُ بلَفْظِ البيْعِ، والهِبةِ، والصّدَقةِ، والتّمليكِ؟ قال أصحابُنا - رحمهم الله -: يَنْعَقِدُ[1].

وقال الشّافعيُّ: لا يَنْعَقِدُ إلاّ بلَفْظِ الإنْكاحِ والتّزْوِيجِ[2].

واحتَجَّ بما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «**اتّقوا اللّهَ في النّساءِ فإنّهُنّ عندَكم عَوانٌ، اتّخَذتُموهُنّ بأمانةِ اللّه، واستحلَلْتُم فُروجَهُنّ بكَلِمةِ اللّه**»[3] وكَلِمَتُه التي أحَلَّ بها الفُروجَ في كتابه الكريمِ لَفْظُ الإنْكاحِ والتّزْوِيجِ فقَطْ قال اللّه تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور:٣٢] وقال سبحانه وتعالى: ﴿زَوَّجْنَٰكَهَا﴾ [الأحزاب:٣٧] ولأنّ الحكمَ الأصليّ للنّكاحِ هو الازْدِواجُ والمِلْكُ يَثْبُتُ وسيلةً إليه؛ فوَجَبَ اختِصاصُه بلَفْظٍ يَدُلُّ على الازْدِواج، وهو لَفْظُ التّزْوِيجِ والإنْكاحِ لا غيرُ.

(ولَنَا): أنّه انعقد نِكاحُ رسولِ اللّه ﷺ بلَفْظِ الهِبةِ، فيَنْعَقِدُ به نِكاحُ أُمّتِه. ودَلالةُ الوَصْفِ قوله تعالى: ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ﴾ [الأحزاب:٥٠] معطوفًا على قولِه ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ﴾ [الأحزاب:٥٠] أخبر [اللّه

---

(١) **انظر في مذهب الحنفية:** الهداية (٢/ ٤٥٩)، المبسوط (٥/ ٥٩)، فتح القدير (٣/ ١٩٣ - ١٩٧)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٨٣)، البناية في شرح الهداية (٤/ ٤٨٤ - ٤٨٨)، الدر المختار شرح تنوير الأبصار (٣/ ١٨).

(٢) **مذهب الشافعية:** بطلان النكاح بهذه الألفاظ (البيع - التمليك - الهبة)، انظر: الأم (٥/ ٢٧)، الحاوي الكبير (١١/ ٢٠٧)، الوسيط في المذهب (٥/ ٤٤، ٤٥)، روضة الطالبين (٧/ ٣٦)، مغني المحتاج (٣/ ١٤٠)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٣/ ٢١٦).

(٣) الحديث بهذا اللفظ رواه البيهقي في الشعب (٤/ ٣٢٢)، حديث (٥٢٦٢)، وهو عند مسلم، في كتاب الحج، باب: حجة النبي ﷺ، حديث (١٢١٨)، عن جابر بن عبد الله، بلفظ: «... فاتقوا الله في النساء؛ فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله...»، ورواه أيضا أبو داود، حديث (١٩٠٥)، وابن ماجه، حديث (٣٠٧٤).

تعالى] (١) أنّ المرأةَ المُؤْمِنةَ التي وهَبَتْ نفسَها للنّبيِّ ﷺ [٢/ ٣أ] عندَ استنكاحِه إيّاها حَلالٌ له، وما كان مشروعًا في حَقِّ النّبيِّ ﷺ يكونُ مشروعًا في حَقِّ أُمَّتِه هو الأصلُ، حتّى يقومَ دليلُ الخصُوصِ.

فإنْ قِيلَ: قد قام دليلُ الخصُوصِ ههنا وهو قولُه تعالى: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب: ٥٠] فالجوابُ: أنّ المُرادَ منه خالِصةً لَكَ من دونِ المُؤْمِنينَ بغيرِ أجرٍ فالخلوصُ يرجعُ إلى الأجرِ لا إلى لَفْظِ الهِبةِ لوُجوهٍ:

أحدُها: ذكره (٢) عَقيبَه وهو قولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِىٓ أَزْوَٰجِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥٠] فدَلَّ أنّ خُلوصَ تلك المرأةِ له كان بالنّكاحِ بلا فرضٍ منه.

والثّاني: أنّه قال تعالى: ﴿لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ﴾ [الأحزاب: ٥٠] ومعلومٌ أنّه لا حَرَجَ كان يلحَقُه في نفسِ العِبارةِ، وإنّما الحرَجُ في إعطاءِ البدلِ.

والثّالث: (أنّ هذا خرج) (٣) مخرَجَ الامتِنانِ عليه (وعلى أُمَّتِه) (٤) في لَفْظِ الهِبةِ، ليستْ تلك في لَفْظةِ التّزْويجِ، فدَلَّ أنّ المِنّةَ فيما صارتْ له بلا مَهْرٍ، فانصَرف الخصوصُ (٥) إليه؛ ولأنّ الانعِقادَ بلَفْظِ النّكاحِ والتّزْويجِ لكونِه لَفْظًا موضوعًا لحكم أصلِ النّكاحِ شرعًا وهو الازْدِواجُ وأنّه لم يُشْرَع بدونِ المِلْكِ، فإذا أُتيَ به يَثْبُتُ الازْدِواجُ، باللّفْظِ، ويَثْبُتُ المِلْكُ الذي يُلازِمُه شرعًا. ولَفْظُ التّمليكِ موضوعٌ لحكمِ آخَرَ أصليٍّ للنّكاحِ وهو المِلْكُ، وإنّه غيرُ مشروعٍ في النّكاحِ بدونِ الازْدِواج فإذا أُتيَ به وجب أنْ يَثْبُتَ به المِلْكُ، ويَثْبُتَ الازْدِواجُ الذي يُلازِمُه شرعًا، استدلالاً لأحدِ اللّفْظَيْنِ بالآخرِ، وهذا لأنّهما حكمانِ مُتَلازِمانِ [شرعًا] (٦)، ولم يُشْرَع أحدُهما بدونِ الآخرِ، فإذا ثبت أحدُهما ثبت الآخرُ ضرورةً، ويكونُ الرّضا بأحدِهما (٧) رِضًا بالآخرِ.

وأمّا الحديث: فنقول بموجِبه لكنْ لِمَ قُلْتُم: إنّ استحلالَ الفُروجِ بهذه الألفاظِ استحلالٌ

أما لفظ: «عوان عندكم» فهو عند الترمذي، كتاب الرضاع، باب: ما جاء في حق المرأة على زوجها، حديث (١١٦٣)، وابن ماجه، حديث (١٨٥١)، عن عمرو بن الأحوص رضي الله عنه، وحسنه الألباني في صحيح الجامع (٧٨٨٠)، وصحيح الترغيب (١٩٣٠).

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «ما ذكر».
(٣) في المخطوط: «أنه خرّج هذا».
(٤) في المخطوط: «ولأمته».
(٥) في المطبوع: «الخلوص».
(٦) ليست في المخطوط
(٧) في المخطوط: «به».

بغيرِ كلِمةِ اللَّه فيرجعُ الكلامُ إلى تفسيرِ الكلِمةِ المذكورةِ فنقول: كلِمةُ اللَّه تعالى تحتمِلُ حكمَ اللَّه عزَّ وجَلَّ كقولِه تعالى: ﴿وَلَوْلَا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِن رَّبِّكَ﴾ [يونس:١٩] فلِمَ قُلْتُم بأنّ جوازَ النّكاحِ بهذه الألفاظِ ليس حكمَ اللَّه تعالى، والدّليلُ على أنّه حكمُ اللَّه تعالى، ما ذكرنا من الدّلائلِ مع ما أنّ كُلَّ لَفْظٍ جُعِلَ عَلَمًا على حكمٍ شرعيٍّ فهو كلمة [(١)] اللَّه تعالى، وإضافةُ الكلِمةِ إلى اللَّه تعالى باعتبارِ أنّ الشّارعَ هو اللَّه تعالى، فهو الجاعِلُ اللَّفْظَ سببًا لثُبوتِ الحكمِ شرعًا، فكان كلِمةَ اللَّه تعالى، فمن هذا الوجه على الاستحلالِ بكَلِمةِ اللَّه (لا يبقى الاستحلال إلا) [(٢)] بكَلِمةِ اللَّه تعالى، فكان مسكوتًا عنه، فلا يَصِحُّ الاحتِجاجُ به.

وَلا يَنعَقِدُ النّكاحُ بلَفْظِ الإجارةِ عندَ عامَّةِ مشايِخِنا. والأصلُ عندَهم: أنّ النّكاحَ لا يَنعَقِدُ إلاّ بلَفْظٍ موضوعٍ لتَمْليكِ العيْنِ، هكذا رَوَى ابنُ رُستُم عن محمّدٍ أنّه قال: كُلُّ لَفْظٍ يكونُ في اللُّغةِ تَمْليكًا للرَّقَبةِ فهو [(٣)] في الحُرَّةِ نِكاحٌ.

وحُكِيَ عن الكَرْخيِّ أنّه يَنْعَقِدُ بلَفْظِ الإجارةِ لقوله تعالى: ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] سَمَّى اللَّه تعالى المهْرَ أجرًا، ولا أجرَ إلاّ بالإجارةِ، فلو لم تكُنِ الإجارةُ نِكاحًا لم يكنِ المهْرُ أجرًا.

(وجه قولِ العامّةِ): أنّ الإجارةَ عَقْدٌ مُؤَقَّتٌ بدليلِ أنّ التّأبيدَ يُبْطِلُها، والنّكاحُ عَقْدٌ مُؤَبَّدٍ بدليلِ أنّ التّوْقيتَ يُبْطِلُه. [وانعِقادُ العقدِ بلَفْظٍ يتضَمَّنُ المنْعَ من الانعِقادِ مُمْتَنِعٌ] [(٤)]، ولأنّ الإجارةَ تَمْليكُ المنْفَعةِ، ومَنافِعُ البُضْعِ في حكمِ الأجزاءِ والأعيانِ، فكيفَ يَثْبُتُ مِلْكُ [العيْنِ] [(٥)] بتَمْليكِ المنْفَعةِ؟!

ولا يَنْعَقِدُ بلَفْظِ الإعارةِ؛ لأنّ الإعارةَ إنْ كانتْ إباحةَ المنْفَعةِ فالنّكاحُ لا يَنْعَقِدُ بلَفْظِ الإباحةِ، لانعِدامِ معنى التّمليكِ أصلاً، وإنْ كانتْ تَمْليكَ المُتْعةِ فالنّكاحُ لا يَنْعَقِدُ إلاّ بلَفْظٍ موضوعٍ لتَمْليكِ الرّقَبةِ، ولم يوجَدْ.

واختلف المشايخُ في لَفْظِ القرْضِ قال بعضُهم: لا يَنْعَقِدُ؛ لأنّه في معنى الإعارةِ.

---

(١) في المطبوع: «حكم».
(٢) في المطبوع: «لا ينفي الاستحلال لا».
(٣) في المخطوط: «يكون».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) ليست في المخطوط.

وقال بعضُهم: يَنْعَقِدُ؛ لأنّه يَثْبُتُ به المِلْكُ في العيْنِ؛ لأنّ المُستقرَضَ يَصيرُ مِلْكًا للمُستقرِضِ.

وكذا اختلفوا في لَفْظِ السّلَمِ قال بعضُهم: لا يَنْعَقِدُ لأنّ السّلَمَ في الحيَوانِ لا يَصِحُّ.

وقال بعضُهم: يَنْعَقِدُ؛ لأنّه يَثْبُتُ به مِلْكُ الرّقَبةِ، والسّلَمُ في الحيَوانِ يَنْعَقِدُ عندَنا، حتّى لو اتّصَلَ به القبضُ يُعَدُّ المِلْكُ مِلْكًا فاسِدًا، لكنْ ليس كُلُّ ما يُفْسِدُ البيْعَ يُفْسِدُ النّكاحَ.

واختلفوا أيضًا في لَفْظِ الصّرْفِ قال بعضُهم: لا يَنْعَقِدُ به؛ لأنّه وُضِعَ لإثباتِ المِلْكِ في الدّراهِمِ والدّنانيرِ التي لا تَتَعَيّنُ بالتّعيينِ، والمعقودُ عليه ههنا يتعَيّنُ بالتّعيينِ.

وقال بعضُهم: يَنْعَقِدُ لأنّه يَثْبُتُ به مِلْكُ العيْنِ في الجُمْلةِ.

وأمّا لَفْظُ الوَصيّةِ: فلا يَنْعَقِدُ به عندَ عامّةِ مشايِخِنا؛ لأنّ الوَصيّةَ تَمْليكٌ مُضافٌ إلى ما بعدَ الموتِ، والنّكاحُ المُضافُ إلى زَمانٍ في المُستقبَلِ لا يَصِحُّ.

وحُكِيَ عن الطّحاوِيِّ أنّه يَنعَقِدُ؛ لأنّه يَثْبُتُ به مِلْكُ الرّقَبةِ [٢/ ٣ب] في الجُمْلةِ. وحَكَى أبو عبدِ اللّه البصْريُّ عن الكَرْخيِّ إنْ [١] قَيّدَ الوَصيّةَ بالحالِّ بأنْ قال: أوصَيْتُ لَكَ بابنَتي هذه الآنَ يَنعَقِدُ؛ لأنّه إذا قَيّدَه بالحالِّ صار مَجازًا عن التّمليكِ، ولا يَنْعَقِدُ بلَفْظِ الإحلالِ والإباحةِ؛ لأنّه لا يَدُلُّ على المِلْكِ أصلًا.

ألا ترى أنّ المُباحَ له الطّعامُ يتناوَلُه على حكمِ مِلْكِ المُبيحِ، حتّى كان له حَقُّ الحجْرِ والمنْعِ.

ولا يَنْعَقِدُ بلَفْظِ المُتْعةِ؛ لأنّه لم يوضَع للتّمْليكِ؛ ولأنّ المُتْعةَ عَقْدٌ مفسوخٌ لما نُبيِّنُ إنْ شاء اللّه في موضِعِه.

ولو أضافَ الهِبةَ إلى الأمةِ؛ بأنْ قال رجلٌ: وهَبْتُ أمَتي هذه منكَ فإنْ كان الحالُ يَدُلُّ على النّكاحِ من إحضارِ الشُّهودِ، وتسميةِ المهْرِ، مُؤَجّلًا ومُعَجّلًا، ونحوِ ذلك، يُنْصَرَفُ إلى النّكاحِ. وإنْ لم يكنِ الحالُ دليلًا على النّكاحِ، فإنْ نَوَى النّكاحَ فصَدّقه الموهوبُ له

(١) في المخطوط: «أنه».

فكذلك ويُنْصَرِفُ إلى النِّكاحِ بقَرينةِ النِّيّةِ. وإنْ لم يَنْوِ يُنْصَرِفُ إلى مِلْكِ الرّقَبةِ - واللّه عَزّ وجَلّ أعلمُ. ثمّ النِّكاحُ كما يَنْعَقِدُ بهذه الألفاظِ بطَريقِ الأصالةِ يَنْعَقِدُ بها بطَريقِ النِّيابةِ بالوَكالةِ، والرِّسالةِ؛ لأنّ تَصَرُّفَ الوَكيلِ كتَصَرُّفِ الموَكِّلِ، وكَلامَ الرّسولِ كلامُ المُرْسِلِ.

والأصلُ في جوازِ [هذه] [1] الوَكالةِ في بابِ النِّكاحِ ما رُوِيَ أنّ النّجّاشيَّ زَوّجَ رسولَ اللّه ﷺ أُمَّ حَبيبةَ رضي الله عنها[2] فلا يخلو ذلك إمّا أنْ فعله بأمرِ النّبيِّ ﷺ أو لا بأمرِه، فإنْ فعله بأمرِه فهو وكيلُه، وإنْ فعله بغيرِ أمرِه فقد أجاز النّبيُّ ﷺ عَقْدَه، والإجازةُ اللّاحِقةُ كالوَكالةِ السّابِقةِ، وكما يَنْعَقِدُ النِّكاحُ بالعِبارةِ يَنْعَقِدُ بالإشارةِ من الأخرَسِ إذا كانتْ إشارَتُه معلومةً ويَنْعَقِدُ بالكتابةِ؛ لأنّ الكتابَ من الغائبِ خطابُه - واللّه تعالى أعلمُ -.

وَأمّا بيانُ صيغةِ اللّفْظِ الذي يَنْعَقِدُ به النِّكاحُ فنقول:

لا خلافَ في أنّ النِّكاحَ يَنْعَقِدُ بلَفظَيْنِ يُعَبَّرُ بهما عن الماضي كقولِه: زَوّجْتُ وتَزَوّجْتُ وما يَجْري مجراه. وإمّا بلَفظَيْنِ يُعَبَّرُ بأحدِهما عن الماضي وبالآخرِ عن المُستقبَلِ كما إذا قال رجلٌ لرجلٍ: زَوِّجْني بنتَك أو قال: جِئْتُكَ خاطِبًا ابنتَك، أو قال جِئْتُك لتُزَوِّجَني بنتَك فقال الأبُ: قد زَوّجْتُك أو قال لامرأةٍ: أتزَوّجُك على ألفِ دِرهَمٍ، فقالتْ: قد تَزَوّجْتُك على ذلك، أو قال لها: زَوِّجيني أو انكِحيني نفسَك فقالتْ: زَوّجْتُك أو أنْكَحْت يَنْعَقِدُ استحسانًا.

والقياسُ: أنْ لا يَنْعَقِدَ؛ لأنّ لَفظَ الاستِقْبالِ عُدَّةٌ، والأمرُ من فُروعِ الاستِقْبالِ؛ فلم يوجَدِ الاستِقْبالُ، فلم يوجَدُ الإيجابُ إلاّ أنّهم تَركوا القياسَ لما رُوِيَ أنّ بلالاً رضي الله عنه خَطَبَ إلى قَوْمٍ من الأنْصارِ فأبَوْا أنْ يُزَوِّجوه، فقال: لولا أنّ رسولَ اللّه ﷺ أمرَني أنْ أخطُبَ إليكم لَما خَطَبْتُ، فقالوا له: مَلَكْت [3]، ولم يُنْقَلْ أنّ بلالاً أعاد القولَ. ولو فعل

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) يشير إلى ما رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب: في الولي، حديث (٢٠٨٦)، والنسائي، حديث (٣٣٥٠)، والحاكم في المستدرك (٢/ ١٩٨)، حديث (٢٧٤١)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٣٩)، حديث (١٣٥٧٥)، والدارقطني (٣/ ٢٤٦)، حديث (١٨)، والطبراني في الكبير (٢٣/ ٢١٩)، حديث (٤٠٢)، عن عروة بن الزبير عن أم حبيبة أنها كانت عند ابن جحش فهلك عنها، وكان فيمن هاجر إلى أرض الحبشة فزوّجها النجاشي رسول الله ﷺ، وأمهرها عنه أربعة آلاف، وبعث بها إلى رسول الله ﷺ مع شرحبيل بن حسنة.

(٣) لم أقف عليه بهذا السياق.

لنقلْ . ولأنّ الظّاهرَ أنّه أرادَ الإيجابَ ؛ لأنّ المُساوَمةَ لا تَتَحقّقُ في النِّكاحِ عادةً ، فكان محمولاً على الإيجاب بخلافِ البيْعِ ؛ فإنّ السَّوْمَ مُعتادٌ فيه فيُحمَلُ اللّفْظُ عليه ، فلا بُدَّ من لَفْظٍ آخَرَ يتأدّى به الإيجابُ - واللَّه الموَفِّقُ - .

وَأمّا بيانُ أنّ النّكاحَ هل يَنْعَقِدُ بعاقِدٍ واحِدٍ أو لا يَنعَقِدُ إلّا بعاقِدَيْنِ:

فقد اختُلِفَ في هذا الفصلِ ، قال أصحابُنا : يَنْعَقِدُ بعاقِدٍ واحِدٍ إذا كانتْ له ولايةٌ من الجانِبَيْنِ ، سَواءً كانتْ ولايَتُه أصليّةً ، كالولايةِ الثّابِتةِ بالمِلْكِ والقرابةِ ، أو دَخيلةً كالولايةِ الثّابِتةِ بالوَكالةِ ؛ بأنْ كان العاقِدُ مالِكًا من الجانِبَيْنِ كالمولى إذا زَوّجَ أمَتَه من عبدِه ، أو كان وليًّا من الجانِبَيْنِ ، كالجدِّ إذا زَوّجَ ابنَ ابنِه الصّغيرَ من بنتِ ابنِه الصّغيرةِ ، والأخَ إذا زَوّجَ بنتَ أخيه الصّغيرةِ من ابنِ أخيه الصّغيرِ ، أو كان أصيلاً ووَليًّا كابنِ العمِّ إذا زَوّجَ بنتَ عَمِّه من نفسِه ، أو كان وكيلاً من الجانِبَيْنِ ، أو رسولاً من الجانِبَيْنِ ، أو كان وليًّا من جانِبٍ ووَكيلاً من جانِبٍ آخَرَ ، أو وكَّلَتِ امرأةٌ رجلاً ليتزوّجَها من نفسِه ، أو وكَّلَ رجلٌ امرأةً لتُزَوِّجَ نفسَها منه ، وهذا مذهبُ أصحابِنا الثّلاثةِ(١) .

وقال زُفَرُ : لا يَنْعَقِدُ النّكاحُ بعاقِدٍ واحِدٍ أصلاً . وقال الشّافعيُّ : لا يَنعَقِدُ إلاّ إذا كان وليًّا من الجانِبَيْنِ(٢) . ولَقَبُ المسألةِ أنّ الواحِدَ هل يجوزُ أنْ يقومَ بالنّكاحِ من الجانِبَيْنِ أم لا؟ .

(وجه قولِ زُفر والشافعي): أنّ رُكْنَ النِّكاحِ اسمٌ لشَطْرَيْنِ مختلِفَيْنِ وهو : الإيجابُ والقبولُ ، فلا يقومانِ إلاّ بعاقِدَيْنِ كشَطْرَيِ البيْعِ ، إلاّ أنّ الشّافعيّ يقولُ في الوَليِّ ضرورةٌ لأنّ النّكاحَ لا يَنْعَقِدُ بلا وليٍّ ، فإذا كان الوَليُّ مُتَعَيّنًا فلو لم يُجزْ نِكاحَ المولّيةِ لامتنَعَ نِكاحُها أصلاً ، وهذا لا يجوزُ ، وهذه الضّرورةُ مُنْعَدِمةٌ في الوَكيلِ ونحوِه .

(ولَنا): قولُه [٢/ ٤أ] تعالى : ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي ٱلنِّسَآءِۖ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي ٱلْكِتَٰبِ فِي يَتَٰمَى ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ [النساء

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٢٥٧، ٢٥٨)، المبسوط (٥/ ١٧، ١٨).
(٢) مذهب الشافعية: أنه لا يجوز لوليّ المرأة أن يزوجها من نفسه بأمرها، فيكون العاقد واحدًا، انظر: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٢٥٨)، مختصر المزني ص ١٦٥ .

:١٢٧] قِيلَ نزلتْ [هذه] (١) الآيةُ في يَتيمةٍ في حِجْرِ وليِّها، وهي ذاتُ مالٍ.

(ووجه الاستدلالِ بالآيةِ الكريمةِ): أنّ قوله تعالى: ﴿لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ [النساء :١٢٧] خرج مخرَجَ العِتابِ، فيَدُلُّ على أنّ الوَليّ يقومُ بنِكاحِ وليّتِه وحْدَه، إذْ لو لم يَقُم وحْدَه به لم يكنْ للعِتابِ معنًى، لما فيه من إلحاقِ العِتابِ بأمرٍ لا يتحقَّقُ. وقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور :٣٢] أمرَ سبحانه وتعالى بالإنْكاحِ مُطْلَقًا من غيرِ فصلٍ بين الإنْكاحِ من غيرِه أو من نفسِه؛ ولأنّ الوَكيلَ في بابِ النِّكاحِ ليس بعاقِدٍ بل هو سَفيرٌ عن العاقِدِ ومُعَبِّرٌ عنه [بدليلِ أنّ حُقوقَ النِّكاحِ والعقدِ لا ترجِعُ إلى الوَكيلِ، وإذا كان مُعَبِّرًا عنه] (٢) وله ولايةٌ على الزّوْجَيْنِ؛ فكانتْ عِبارَتُه كعِبارةِ الموَكِّلِ؛ فصار كلامُه ككَلامِ شَخصَيْنِ فيُعتَبَرُ (٣) إيجابُه كلامًا للمرأةِ، كأنّها قالتْ: زَوّجْت نفسي من فُلانٍ، وقَبولُه كلامًا للزَّوْجِ؛ كأنّه قال: قَبِلْت، فيقومُ العقدُ باثْنَيْنِ حكمًا والثّابِتُ بالحكمِ مُلْحَقٌ بالثّابِتِ حقيقةً.

وأمَّا البيْعُ فالواحِدُ فيه إذا كان وليًّا يقومُ بطَرفي العقدِ، كالأبِ يَشْتَري مالَ الصّغيرِ لنفسِه، أو يَبيعُ مالَ نفسِه من الصّغيرِ، أو يَبيعُ مالَ ابنِه الصّغيرِ من ابنِه الصّغيرِ، أو يَشْتَري، إلاّ أنّه إذا كان وكيلاً لا يقومُ بهما؛ لأنّ حُقوقَ العقدِ مُقْتَصِرةٌ على العاقِدِ، فلا يَصيرُ كلامُ العاقِدِ كلامَ الشّخصَيْنِ؛ ولأنّ حُقوقَ البيْعِ إذا كانتْ مُقْتَصِرةً على العاقِدِ وللبَيْعِ أحكامٌ مُتَضادّةٌ من التّسليمِ والقبضِ والمُطالَبةِ، فلو تولّى طَرفي العقدِ لَصار الشّخصُ الواحِدُ مُطالِبًا ومَطْلوبًا (٤) ومُسَلِّمًا ومُتَسَلِّمًا وهذا مُمْتَنِعٌ - واللّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ -.

وأمَّا صِفةُ الإيجاب والقبولِ فهي: أنْ لا يكونَ أحدُهما لازِمًا قبلَ وُجودِ الآخَرِ، حتّى لو وُجِدَ الإيجابُ من أحدِ المُتعاقِدَيْنِ (٥) كان له أنْ يرجعَ قبلَ قَبولِ الآخَرِ، كما في البيْعِ؛ لأنّهما جميعًا رُكْنٌ واحِدٌ، فكان أحدُهما بعضَ الرّكْنِ، والمُركَّبُ من شيئَيْنِ لا وُجودَ له بأحدِهما.

* * *

(١) ليست في المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «فيصير».
(٤) في المخطوط: «وَمُطَالَبًا».
(٥) في المخطوط: «العاقدين».

فصل [في شرائط ركن النكاح]

وأمَّا شَرائطُ الرّكْنِ فأنواعٌ:

بعضُها شرطُ الانعِقادِ.

وبعضُها شرطُ الجوازِ والنّفاذِ.

وبعضُها شرطُ اللُّزومِ.

أمّا شرطُ الانعِقادِ فنوعانِ:

نوعٌ يرجعُ إلى العاقِدِ.

ونوعٌ يرجعُ إلى مكانِ العقدِ (١) [بالفعلِ] (٢).

[أما الذي يرجع إلى العاقد فالعقد] (٣)، فلا يَنْعَقِدُ نِكاحُ المجنونِ والصّبيِّ الذي لا يَعقِلُ؛ لأنّ العقلَ من شَرائطِ أهليّةِ التّصَرُّفِ.

فأمّا البُلوغُ: فشرطُ النّفاذِ عندَنا لا شرطُ الانعِقادِ على ما نذكرُ إنْ شاء اللّه تعالى.

وأمّا تَعَذُّرُ العاقِدِ فليس بشرطٍ لانعِقادِ النّكاحِ خلافًا لزُفر على ما مرَّ.

وأمّا الذي يرجعُ إلى مكانِ العقدِ فهو اتِّحادُ المجلسِ إذا كان العاقِدانِ حاضِرَيْنِ وهو أنْ يكونَ الإيجابُ والقبولُ في مجلسٍ واحِدٍ حتّى لو اختلف المجلسُ لا يَنْعَقِدُ النّكاحُ، بأنْ كانا حاضِرَيْنِ فأوجب أحدُهما فقام الآخَرُ عن المجلسِ قبلَ القبولِ، أو اشتَغَلَ بعَمَلٍ يوجِبُ اختِلافَ المجلسِ، لا يَنْعَقِدُ؛ لأنّ انعِقادَه عِبارةٌ عن ارتِباطِ أحدِ الشّطْرَيْنِ بالآخَرِ، فكان القِياسُ وُجودَهما في مكان واحِدٍ، إلاّ أنّ اعتِبارَ ذلك يُؤَدِّي إلى سَدِّ بابِ العُقودِ؛ فجُعِلَ المجلسُ جامعًا للشَّطْرَيْنِ حكمًا مع تفرُّقِهما حقيقةً للضَّرورةِ، والضّرورةُ تندَفِعُ عندَ اتِّحادِ المجلسِ، فإذا اختلف (تفرُّقُ الشّطْرَيْنِ) (٤) حقيقةً وحكمًا فلا يَنْتَظِمُ الرّكْنُ.

---

(١) في المخطوط: «العاقد».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «تَفَرَّقَ الشطران».

وأمَّا الفورُ فليس من شَرائطِ الانعِقادِ عندَنا[١]. وعندَ الشّافعيِّ[٢]: هو شرطٌ، والمسألةُ سَتَأتي[٣] في كتابِ البُيوعِ، [ونذكرُ الفرقَ هناك][٤]، وعلى هذا يخرجُ ما إذا تَناكَحا وهما يمشيانِ أو يسيرانِ على الدّابَّةِ، وهو على التّفصيلِ الذي نذكرُ - إنْ شاء اللّه تعالى - في كتابِ البُيوعِ، ونذكرُ الفرقَ هناك بين المشيِ والسّيْرِ على الدّابَّةِ، وبين جَرَيانِ السّفينةِ.

هذا إذا كان العاقِدانِ حاضِرَيْنِ فأمَّا إذا كان أحدُهما غائبًا؛ لم يَنْعَقِدْ حتّى لو قالتِ امرأةٌ بحَضْرةِ شاهِدَيْنِ: زَوّجْت نفسي من فُلانٍ وهو غائبٌ فبَلَغَه الخبرُ فقال: قَبِلْت أو قال رجلٌ بحَضْرةِ شاهِدَيْنِ: تَزَوّجْت فُلانةَ وهي غائبةٌ فبَلَغَها الخبرُ فقالتْ: زَوّجْت نفسي منه لم يَجز، وإنْ كان القبولُ بحَضْرةِ ذَيْنك الشّاهِدَيْنِ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ.

وقال ابو يوسف: يَنْعَقِدُ ويتوقَّفُ على إجازةِ الغائبِ.

(وجه) قولِ أبي يوسفَ أنّ كلامَ الواحِدِ يصلُحُ أنْ يكونَ عَقْدًا في بابِ النِّكاحِ؛ لأنّ الواحِدَ في هذا البابِ يقومُ بالعقدِ من الجانِبَيْنِ، وكما لو كان مالِكًا من الجانِبَيْنِ، أو وليًّا، أو وكيلًا، فكان كلامُه عَقْدًا لا شَطْرًا، فكان مُحْتَمِلًا للتَّوَقُّفِ كما في الخلْعِ والطّلاقِ والإعتاقِ على مالٍ.

(وجه قولِهما): أنّ هذا شَطْرُ العقدِ حقيقةً، لا كُلُّه؛ لأنّه لا يُمْلَكُ كُلُّه؛ لانعِدامِ الولايةِ، [٢/ ٤ب]وشَطْرُ العقدِ لا يَقِفُ على غائبٍ عن المجلسِ كالبيْعِ، وهذا لأنّ الشّطْرَ لا يحتمِلُ التّوَقُّفَ حقيقةً؛ لأنّ التّوَقُّفَ في الأصلِ على خلافِ الحقيقةِ؛ لصُدورِه عن الوَلاءِ على الجانِبَيْنِ، فيَصيرُ كلامُه بمنزلةِ كلامَيْنِ، وشَخصُه كشَخصَيْنِ حكمًا، فإذا انعَدَمَتِ الولايةُ ولا ضرورةَ إلى تَعيينِ الحقيقةِ؛ فلا يَقِفُ بخلافِ الخلْعِ لأنّه من جانِبِ الزّوْجِ يمينٌ؛ لأنّه تَعليقُ الطّلاقِ بقَبولِ المرأةِ، وأنّه يمينٌ فكان عَقْدًا تامًّا، ومن جانِبِ المرأةِ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: تبيين الحقائق (٢/ ٩٦)، فتح القدير (٣/ ١٩١)، درر الحكام (١/ ٣٢٦)، رد المحتار (٣/ ١٤).

(٢) في بيان مذهب الشافعية يقول النووي: «الصحيح اشتراط القبول على الفور فلا يضر الفصل اليسير ويضر الطويل وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول فهذا هو المعروف في طريقتي العراق وخراسان» انظر روضة الطالبين (٧/ ٣٩)، أسنى المطالب (٢/ ٥)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٢/ ٤٢٦)، تحفة المحتاج (٧/ ٢٢١)، التجريد لنفع العبيد (٢/ ١٩٦ - ١٧٠).

(٣) في المخطوط: «مرت».

(٤) ليست في المخطوط.

مُعاوَضةً فلا يحتَمِلُ التَوَقُّفَ كالبيْعِ، وكذلك الطّلاقُ والإعتاقُ على مالٍ.

ولو أرسَلَ إليها رسولاً وكتب إليها بذلك كتابًا فقبِلَتْ بحَضْرةِ شاهِدَيْنِ سَمِعا كلامَ الرّسولِ وقراءةَ الكتابِ، جاز ذلك؛ لاتّحادِ المجلسِ من حيث المعنى؛ لأنّ كلامَ الرّسولِ كلامُ المُرْسِلِ؛ لأنّه يَنْقُلُ عِبارةَ المُرْسِلِ، وكذا [١] الكتابُ بمنزِلةِ الخطابِ من الكاتِبِ [٢]، فكان سَماعُ قولِ الرّسولِ وقراءةُ الكتابِ سَماعَ قولِ المُرْسِلِ وكَلامَ الكاتِبِ [٣] معنًى.

وإنْ لم يسمعا كلامَ الرّسولِ وقراءةَ الكتابِ لا يجوزُ عندَهما.

وعندَ أبي يوسفَ إذا قالتْ: زَوّجْتُ نفسي، يجوزُ، وإنْ لم يسمعا كلامَ الرّسولِ وقراءةَ الكتابِ بناءً على أنّ قولَها: زَوّجْت نفسي، شَطْرُ العقدِ عندَهما، والشّهادةُ في شَطْرَيِ العقدِ شرطٌ؛ لأنّه يَصيرُ عَقْدًا بالشّطْرَيْنِ، فإذا لم يسمعا كلامَ الرّسولِ وقراءةَ الكتابِ فلم توجَدِ الشّهادةُ على العقدِ، وقولُ الزّوْجِ بانفِرادِه عَقْدٌ عندَه وقد حضر الشّاهِدانِ.

وعلى هذا الخلافِ الفُضوليُّ الواحِدُ من الجانِبَيْنِ بأنْ قال الرّجُلُ [٤]: زَوّجْت فُلانةَ من فُلانٍ، وهما غائبانِ، لم يَنْعَقِدْ عندَهما حتّى لو بَلَغَهما الخبرُ فأجازا، لم يَجز. وعندَه يَنْعَقِدُ ويجوزُ بالإجازةِ.

ولو قال فُضوليٌّ: زَوّجْت فُلانةَ من فُلانٍ وهما غائبانِ فقَبِلَ فُضوليٌّ آخَرُ عن الزّوْجِ؛ يَنْعَقِدُ بلا خلافٍ بين أصحابِنا حتّى إذا بَلَغَهما الخبرُ وأجازا جاز.

ولو فسَخَ الفُضوليُّ العقدَ قبلَ إجازةِ مَنْ وقَفَ العقدُ على إجازتِه صَحَّ الفسخُ في قولِ أبي يوسفَ. وعندَ محمّدٍ لا يَصِحُّ.

(وجه قولِ محمد): أنّه بالفسخِ مُتَصَرِّفٌ في حَقِّ غيرِه [فلا يَصِحُّ] [٥]، ودَلالةُ ذلك أنّ العقدَ قد انعقد في حَقِّ المُتعاقِدَيْنِ وتَعَلّقَ به حَقُّ مَنْ توقّفَ على إجازتِه؛ لأنّ الحكمَ عندَ الإجازةِ ثبت بالعقدِ السّابِقِ، فكان هو بالفسخِ مُتَصَرِّفًا في مَحِلٍّ تَعَلّقَ به حَقُّ الغيرِ، فلا

---

(١) في المخطوط: «هذا».
(٢) في المخطوط: «الغائب».
(٣) في المخطوط: «الغائب».
(٤) في المخطوط: «رجلٌ».
(٥) ليست في المخطوط.

يَصِحُّ فسخُه بخلافِ الفُضوليّ إذا باع ثمّ فسَخَ قبلَ اتِّصالِ الإجازةِ به أنّه يجوزُ؛ لأنّ الفسخَ هناك تَصرُّفٌ دَفَعَ الحُقوقَ عن نفسِه؛ لأنّه عندَ الإجازةِ تتَعَلَّقُ حُقوقُ العقدِ بالوَكيلِ، فكان هو بالفسخِ دافِعًا الحُقوقَ عن نفسِه فيَصِحُّ، كالمالِكِ إذا أوجب النّكاحَ أو البيْعَ أنّه يملِكُ الرّجوعَ قبلَ قَبولِ الآخَرِ لما قلنا كذا هذا.

(وجه قولِ ابي يوسف): أنّ العقدَ قبلَ الإجازةِ غيرُ مُنْعَقِدٍ في حَقِّ الحكمِ، وإنّما انعقد في حَقِّ المُتعاقِدَيْنِ فقَطْ، فكان الفسخُ منه قبلَ الإجازةِ تَصرُّفًا في كلامِ نفسِه بالنّقْضِ فجاز كما في البيْعِ.

فصل [في شرائط الجواز]

وأمّا [بيانُ] [1] شَرائطِ الجوازِ والنّفاذِ فأنواعٌ:

منها: أنْ يكونَ العاقِدُ بالِغًا فإنّ نِكاحَ الصّبيِّ العاقِلِ وإنْ كان مُنْعَقِدًا على أصلِ أصحابِنا فهو غيرُ نافِذٍ، بل نَفاذُه يتوقَّفُ على إجازةِ وليِّه؛ لأنّ نَفاذَ التّصرُّفِ لاشتِمالِه على وجه المصْلَحةِ، والصّبيُّ لقِلّةِ تَأمُّلِه لاشتِغالِه باللّهوِ واللّعِبِ لا يَقِفُ على ذلك فلا يَنْفُذُ تَصرُّفُه، بل يتوقَّفُ على إجازةِ وليِّه، فلا يتوقَّفُ على بُلوغِه حتّى لو بَلَغَ قبلَ أنْ يُجيزَه الوَليُّ لا يَنْفُذُ بالبُلوغِ؛ لأنّ العقدَ انعقد موقوفًا على إجازةِ الوَليِّ ورِضاه، لسُقوطِ اعتِبارِ رِضا الصّبيِّ شرعًا، وبِالبُلوغِ زالَتْ ولايةُ الوَليِّ فلا يَنْفُذُ ما لم يُجِزْه بنفسِه [2]، وعندَ الشّافعيِّ: لا تنعَقِدُ تَصرُّفاتُ الصّبيِّ أصلاً بل هي باطِلةٌ [3] وقد ذكرنا المسألةَ في كتابِ المأذونِ.

ومنها: أنْ يكونَ حُرًّا فلا يجوزُ نِكاحُ مَمْلوكٍ بالِغٍ عاقِلٍ إلاّ بإذنِ سَيِّدِه، والأصلُ فيه قولُه ﷺ «أيّما عبدٍ تَزَوّجَ بغيرِ إذنِ مولاه فهو عاهرٌ» [4].

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٢٨٣).

(٣) مذهب الشافعية: أنه إذا زوج ابنه الصغير وضمن عنه، لم يرجع عليه بشيء وإن تحمل الأب الصداق فهو عليه، وليس على الابن شيء. انظر: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٢٨٣).

(٤) رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب: في نكاح العبد بغير إذن سيده، حديث (٢٠٧٨)، والدارمي (٢/ ٢٠٣)، حديث (٢٢٣٣)، والطيالسي في مسنده، ص (٢٣٤)، حديث (١٦٧٥)، ورواه الترمذي في كتاب النكاح، باب: ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده، حديث (١١١٢)، بلفظ: «بغير إذن سيده...»، وصححه الألباني في صحيح الجامع (٢٧٣٣).

والكلامُ في هذا الشّرطِ يَقَعُ في مواضعَ: في بيانِ أنّ إذنَ المولى شرطُ جوازِ نِكاحِ المملوكِ، لا يجوزُ من غيرِ [إذنِه، أو] [(١)] إجازتِه.

وفي بيانِ ما يكونُ إجازةً له.

وفي بيانِ ما يملِكُه من النّكاحِ بعدَ الإذنِ.

وفي بيانِ حكمِ المهْرِ في نِكاحِ المملوكِ.

أمّا الأوّل: فلا يجوزُ نِكاحُ مَمْلوكٍ بغيرِ إذنِ مولاه وإنْ كان عاقِلاً، بالِغًا، سَواءً كان قِنًّا أو مُدَبَّرًا، أو مُدَبَّرةٍ أو أُمَّ ولَدٍ، أو مُكاتَبةً، أو مُكاتَبًا.

أمّا القِنُّ، فإنْ كان أمةً فلا يجوزُ نِكاحُها بغيرِ إذنِ سَيِّدِها بلا خلافٍ؛ لأنّ [٢/ ٥أ] مَنافِعَ البُضْعِ مَمْلوكةٌ لسَيِّدِها، ولا يجوزُ التّصرُّفُ في مِلْكِ الغيرِ بغيرِ إذنِه، وكذلك المُدَبَّرةُ وأُمُّ الوَلَدِ لما قلنا. وكذا المُكاتَبةُ لأنّها مِلْكُ المولى رَقَبةً، ومِلْكُ المُتْعةِ يَتْبَعُ مِلْكَ الرّقَبةِ، إلاّ أنّه مُنِعَ من الاستمتاعِ بها لزَوالِ مِلْكِ اليدِ، وفي الاستمتاعِ إثباتُ مِلْكِ اليدِ، ولأنّ من الجائزِ أنّها تَعجِزُ فتُرَدُّ إلى الرِّقِّ فتَعودُ قِنّةً كما كانتْ فتَبَيّنَ أنّ نِكاحَها صادَفَ المولى فلا يَصِحُّ، وإنْ كان عبدًا فلا يجوزُ نِكاحُه أيضًا عندَ عامّةِ العُلَماءِ[(٢)].

وقال مالِكٌ: يجوزُ[(٣)].

وجه قولِه: أنّ مَنافِعَ بُضْعِ العبدِ لا تَدْخُلُ تحت مِلْكِ المولى، فكان العبد [(٤)] فيها [يبقى] [(٥)] على أصلِ الحُرِّيّةِ، والمولى أجنَبيٌّ عنها، فيملِكُ النّكاحَ كالحُرِّ بخلافِ الأمةِ؛ لأنّ مَنافِعَ بُضْعِها مِلْكُ المولى فمُنِعَتْ من التّصرُّفِ [فيها] بغيرِ إذنِه.

(ولنا): أنّ العبدَ بجميعِ أجزائه مِلْكُ المولى لقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ لَكُم مَّثَلًا مِّنْ أَنفُسِكُمْ هَل لَّكُم مِّن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن شُرَكَآءَ فِي مَا رَزَقْنَٰكُمْ فَأَنتُمْ فِيهِ سَوَآءٌ﴾ [الروم: ٢٨] أخبر

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٤٨٧)، مختصر الطحاوي ص ١٧٤، شرح فتح القدير (٣/ ٣٠٧)، البناية في شرح الهداية (٤/ ٦٣٧، ٦٣٨)، رد المحتار (٣/ ٩٧).

(٣) مذهب المالكية: أن العبد ليس له أن يتزوج إلا بإذن سيده وكذلك الأمة، لأن تصرفهما مملوك عليهما للسيد، فلم يكن لهما إتلافه عليه، انظر: المعونة (٢/ ٥٣٩)، المدونة (٢/ ١٤٥، ١٤٨).

(٤) في المطبوع: «المولى».

(٥) زيادة من المخطوط.

سبحانه وتعالى أنّ العبيدَ ليسوا شُركاءَ فيما رُزِقَ السّاداتُ، ولا هم بسَواءٍ في ذلك، ومعلومٌ أنّه ما أرادَ به [نَفْيَ] (١) الشّركةِ في المنافعِ؛ لاشتِراكِهم فيها دَلَّ أنّه أرادَ به (٢) حقيقةَ المِلْكِ، ولِقولِه تعالى: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥] والعبدُ اسمٌ لجميعِ أجزائه، ولأنّ سببَ المِلْكِ أُضيفَ إلى كُلِّه فيَثْبُتُ المِلْكُ في كُلِّه إلاَّ أنّه مُنِعَ من الانتِفاعِ ببعضِ أجزائه بنفسِه، وهذا لا يمنَعُ ثُبوتَ المِلْكِ له كالأمةِ المجوسيّةِ وغيرِ ذلك. وكذلك المأذونُ في التِّجارةِ؛ لأنّه عبدٌ مَمْلوكٌ، ولأنّه كان محجورًا قبلَ الإذنِ بالتِّجارةِ والنّكاحُ ليس من التِّجارةِ لأنّ التِّجارةَ مُعاوَضةُ المالِ بالمالِ، والنّكاحُ مُعاوَضةُ البُضْعِ بالمالِ.

والدّليلُ عليه أنّ المرأةَ إذا زَوّجَتْ نفسَها على عبدٍ تنوِي أنْ يكونَ العبدُ للتِّجارةِ لم يكنْ للتِّجارةِ، ولو كان النّكاحُ من التِّجارةِ لَكان بَدَلُ البُضْعِ للتِّجارةِ كالبيْعِ، فكان هو بالنّكاحِ مُتَصَرِّفًا في مِلْكِ مولاه، فلا يجوزُ كما لا يجوزُ نِكاحُ الأمةِ، والدّليلُ عليه قوله تعالى: ﴿لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥] [وصَفَ العبدَ المملوكَ بأنّه لا يقدِرُ على شيءٍ] (٣).

ومعلومٌ أنّه ما أرادَ به القُدْرةَ الحقيقيّةَ؛ لأنّها ثابِتةٌ له فتعَيّنَ القُدْرةُ الشّرعيّةُ وهي إذنُ الشّرعِ وإطلاقِه، فكان نَفْيُ القُدْرةِ الشّرعيّةِ نَفْيًا للإذنِ والإطلاقِ، ولا يجوزُ إثباتُ التّصرُّفِ الشّرعيِّ بغيرِ إذنِ الشّرعِ.

وكذلك المُدَبَّرُ؛ لأنّه عبدٌ مَمْلوكٌ، وكذلك المُكاتَبُ؛ لأنّ المُكاتَبَ عبدٌ ما بَقيَ عليه دِرْهَمٌ على لسانِ رسولِ اللَّه ﷺ (٤) ولأنّه كان محجورًا عن التّزَوُّجِ قبلَ الكتابةِ.

وعقد (٥) الكتابةِ ما أفادَ له إلاَّ الإذنَ [بما يُتَوَصَّلُ به إلى أداءِ بدلِ الكتابةِ وهو الكَسبُ، والتَّزْويجُ لا يُوصِّلُه إلى ذلك بل يلزمه الغرامةَ فيبقى في النكاح على أصل الحجر] (٦).

وأمّا مُعتَقُ البعضِ فلا يجوزُ نِكاحُه عندَ أبي حنيفةَ؛ لأنّه بمنزِلةِ المُكاتَبِ عندَه. وعند

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زاد في المخطوط: «في».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) سبق تخريجه.
(٥) في المطبوع: «عند».
(٦) في المطبوع: «بالتجارة، والنكاح ليس من التجارة؛ لأن التجارة معاوضة المال بالمال والنكاح معاوضة البضع بالمال والدليل عليه أن المرأة إذا زوجت نفسها على عبدٍ تنوي أن العبد يكون للتجارة لم يكن للتجارة. ولو كان النكاح من التجارة لكان بدل البضع للتجارة كالبيع» وهذا تكرار سابق.

أبي يوسفَ ومحمّدٍ يجوزُ لأنّه بمنزلةِ حُرٌّ عليه دَيْنٌ عندَهما.

ولو تَزَوّجَ بغيرِ إذنِ المولى واحِدٌ مِمَّنْ ذكرنا أنّه لا يجوزُ تَزْوِيجُه إلاَّ بإذنِ المولى ثُمّ إنْ (١) أجاز المولى النِّكاحَ جاز؛ لأنّ العقدَ صَدَرَ من الأهلِ في المحِلِّ، إلاَّ أنّه امتَنَعَ النّفاذُ لحَقِّ المولى فإذا أجاز فقد زالَ المانِعُ [فينفذ] (٢)، ولا يجوزُ للعبدِ أنْ يتسَرَّى وإنْ أذِنَ له مولاه؛ لأنّ حِلَّ الوَطْءِ لا يَثْبُتُ إلاَّ بأحدِ المِلْكَيْنِ قال اللّه تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا [عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ] (٣)﴾ [المؤمنون: ٥-٦] ولم يوجَد أحدُهما.

ورُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «لا يتسَرَّى العبدُ، ولا يُسَرِّيه مولاه، ولا يملِكُ العبدُ ولا المُكاتَبُ شيئًا إلاَّ الطّلاقَ» (٤) وهذا نَصٌّ.

وأمّا بيانُ ما يكونُ إجازةً: فالإجازةُ قد ثبتتْ (٥) بالنّصِّ، وقد ثبتتْ (٦) بالدّلالةِ وقد ثبتتْ (٧) بالضّرورةِ.

أمّا النّصُّ: فهو (الصّريحُ بالإجازةِ) (٨) وما يَجْري مجراها نحوَ أنْ يُقَوّلَ: أجَزْت، أو رَضيت، أو أذِنْت، ونحوَ ذلك.

وأمّا الدّلالةُ: فهي قولٌ أو فعلٌ يَدُلُّ على الإجازةِ مثلَ أنْ يقولَ المولى إذا أُخبِرَ بالنِّكاحِ: حَسَنٌ، أو صَوابٌ، أو لا بَأسَ به، ونحوَ ذلك، أو يسوق إلى المرأةِ المهْرَ أو شيئًا منه في نِكاحِ العبدِ، ونحوَ ذلك مِمَّا يَدُلُّ على الرِّضا.

ولو قال له المولى: طَلِّقْها أو فارِقْها لم يكنْ إجازةً؛ لأنّ قولَه طَلِّقْها أو فارِقْها يحتَمِلُ حقيقةَ الطّلاقِ والمُفارَقةِ ويحتَمِلُ المُتارَكةَ؛ لأنّ النّكاحَ الفاسِدَ والنّكاحَ الموقوفَ يُسَمَّى طَلاقًا ومُفارَقةً فوَقَعَ الشّكُّ والاحتِمالُ في ثُبوتِ الإجازةِ، فلا يَثْبُتُ بالشّكِّ والاحتِمالِ.

---

(١) في المخطوط: «إذا».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) لم أقف على شطره الأول... والشطر الثاني: ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٦٥) بلفظ: «لا يملك العبد والمكاتب شيئًا إلا الطلاق». وقال: غريب، وقال ابن حجر في الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ١٩٨)، حديث (٨٨٢): «لم أجده».
(٥) في المخطوط: «تثبت».
(٦) في المخطوط: «تثبت».
(٧) في المخطوط: «تثبت».
(٨) في المخطوط: «التصريح بلفظ الإجازة».

ولو قال [له] [١]: طَلِّقْها تَطْليقةً تَمْلِكُ الرجعةَ؛ فهو إجازةٌ لارتِفاعِ التّردِدِ إذْ لا رَجْعةَ في المُتارَكةِ للنّكاحِ الموقوفِ وفَسخِه.

وأمَّا الضّرورةُ فنحوُ: أنْ يُعتِقَ المولى العبدَ أو الأمةَ فيكونُ الإعتاقُ إجازةً.

ولو [٢/ ٥ب] أذِنَ بالنّكاحِ لم يكنِ الإذنُ بالنّكاحِ إجازةً.

ووجه الفرقِ بينهما من وجهينِ:

أحدُهما: أنّه لو لم يُجْعَلِ الإعتاقُ إجازةً لَكان لا يخلو إمَّا أنْ يَبْطُلَ بالنّكاحِ [٢] الموقوفِ وإمَّا أنْ يبقى موقوفًا على الإجازةِ، ولا سبيلَ إلى الأوّلِ؛ لأنّ النّكاحَ صَدَرَ من الأهلِ في المحِلِّ فلا يَبْطُلُ إلاَّ بإبطالِ مَنْ له ولايةُ الإبطالِ ولم يوجد، (ولا سبيلَ إلى الثّاني) [٣]؛ لأنّه لو بَقيَ موقوفًا [على الإجازةِ] [٤]، (فأمَّا إنْ بَقيَ) [٥] موقوفًا على إجازةِ المولى أو على إجازةِ العبدِ لا وجهَ للأوّلِ [٦]؛ لأنّ ولايةَ الإجازةِ؟! لا تَثْبُتُ إلاَّ بالمِلْكِ وقد زالَ بالإعتاقِ، ولا وجهَ للثّانيّ؛ لأنّ العقدَ وُجِدَ من العبدِ فكيف يَقِفُ عَقْدُ الإنسانِ على إجازتِه. وإذا بَطَلَتْ هذه الأقسامُ وليس ههنا قِسمٌ آخرُ لَزِمَ أنْ يُجْعَلَ الإعتاقُ إجازةً ضرورةً وهذه الضّرورةُ لم توجَدْ في الإذنِ بالنّكاحِ.

ولِلثّاني: [٧] أنّ امتِناعَ النّفاذِ مع صُدورِ التّصَرُّفِ من الأهلِ في المحِلِّ لقيامِ حَقِّ المولى - وهو المِلْكُ - نَظَرًا له، دَفْعًا للضَّرَرِ عنه، وقد زالَ مِلْكُه بالإعتاقِ فزالَ المانِعُ من النُّفوذِ، والإذنُ بالتّزَوُّجِ لا يوجِبُ زَوالَ المانِعِ - وهو المِلْكُ - لكنّه بالإذنِ أقامه مَقامَ نفسِه في النّكاحِ كأنّه هو، ثمّ ثُبوتُ ولايةِ الإجازةِ له لم تَكُنْ إجازةً ما لم يُجِزْ، فكذا العبدُ، ثمّ إذا لم يكنْ نفسُ الإذنِ من المولى بالنّكاحِ إجازةً لذلك العقدِ؛ فإنْ أجازه العبدُ جاز استحسانًا.

والقياسُ: أنْ لا يجوزَ وإنْ أجازه.

وجه القياسِ أنّه مَأذونٌ بالعقدِ، والإجازةُ مع العقدِ مُتَغايِرانِ اسمًا وصُورةً وشرطًا.

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «النكاح».
(٣) في المخطوط: «ولا وجه للثاني».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «فإما أن يبقى».
(٦) في المخطوط: «إلى الأول».
(٧) في المخطوط: «الثاني».

أمَّا الاسمُ والصُّورةُ: فلا شَكَّ في تغايُرِهما.

وأمَّا الشّرطُ فلأنّ مَحِلّ العقدِ [للمعقود] (١) عليه، ومَحِلُّ الإجازةِ نفسُ العقدِ. وكذا الشّهادةُ شرطُ العقدِ لا شرطُ الإجازةِ، والإذنُ بأحدِ المُتغايِرَيْنِ لا يكونُ إذنًا بالآخَرِ.

(وجه الاستحسانِ): أنّ العبدَ أتى ببعضِ ما هو مَأذونٌ فيه، فكان مُتصرِّفًا عن إذنٍ، فيجوزُ تَصرُّفُه، ودَلالةُ ذلك أنّ المولى أذِنَ له بعَقْدٍ نافِذٍ فكان مَأذونًا بتحصيلِ أصلِ العقدِ ووَصْفِه - وهو النّفاذُ - وقد حَصَلَ النّفاذُ فيحصُلُ، ولِهذا لو زَوّجَ فُضوليٌّ هذا العبدَ امرأةً بغيرِ إذنِ المولى، فأجاز العبدُ نَفَذَ العقدُ، دَلَّ أنّ تنفيذَ العقدِ بالإجازةِ مَأذونٌ فيه من قِبَلِ المولى، فيَنْفُذُ بإجازتِه، ثمّ إذا نَفَذَ النّكاحُ بالإعتاقِ - وهي أمةٌ - فلا خيارَ لها؛ لأنّ النّكاحَ نَفَذَ بعد العِتْقِ، فالإعتاقُ لم يُصادِفْها وهي مَنْكوحةٌ، والمهْرُ لها إنْ لم يكنِ الزّوْجُ دخل بها قبلَ الإعتاقِ، وإنْ كان قد دخل بها قبلَ الإعتاقِ فالمهْرُ للمولى، هذا إذا أعتقَها وهي كبيرةٌ، فأمّا إذا كانتْ صَغيرةً فأعتقَها، فإنّ الإعتاقَ لا يكونُ إجازةً. ويَبْطُلُ العقدُ عندَ زُفر.

وعندَنا يبقى موقوفًا على إجازةِ المولى إذا لم يكنْ لها عَصَبةٌ، فإنْ كان لها عَصَبةٌ يتوقَّفُ على إجازةِ العصَبةِ، ويجوزُ بإجازةِ العصَبةِ، ثمّ إنْ كان المُجيزُ غيرَ الأبِ أو الجدِّ، فلَها خيارُ الإدراكِ؛ لأنّ العقدَ نَفَذَ (٢) عليها في حالةِ الصِّغَرِ، وهي حُرَّةٌ، وإنْ كان المُجيزُ أبوها أو جَدُّها فلا خيارَ لها.

ولو ماتَ المولى قبلَ الإجازةِ فإنْ ورِثَها مَنْ يَحِلُّ له وطْؤُها بَطَلَ النّكاحُ الموقوفُ؛ لأنّ الحِلَّ النّافِذَ قد طَرأ على الموقوفِ لوُجودِ سببِ الحِلِّ - وهو المِلْكُ - قال اللّه تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون: ٥-٦] ومن ضرورةِ ثُبوتِ الحِلِّ له ارتِفاعُ الموقوفِ، وإنْ ورِثَها مَنْ لا يَحِلُّ له وطْؤُها بأنْ كان الوارِثُ ابنَ الميّتِ وقد وطِئَها أبوه، أو كانتِ الأمةُ أُختَه من الرّضاعِ، أو ورِثَها جَماعةٌ، فللوارِثِ الإجازةُ؛ لأنّه لم يوجَدْ طَرَيانِ الحِلِّ فبَقيَ الموقوفُ على حالِه، وكذلك إذا باعَها المولى قبلَ الإجازةِ فهو على التّفصيلِ الذي ذكرنا في الوارِثِ، وعلى هذا قالوا فيمَنْ تَزَوّجَ جاريةَ غيرِه بغيرِ إذنِه ووَطِئَها، ثمّ باعَها المولى من رجلٍ أنّ للمشتَري الإجازةَ؛ لأنّ وطْءَ الزّوْجِ يمنَعُ حِلَّ الوَطْءِ للمشتَري.

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «ينفذ».

وأمَّا العبدُ إذا تَزَوّجَ بغيرِ إذنِ المولى فماتَ الوَليُّ أو باعَه قبلَ الإجازةِ، فللوارِثِ والمشتَري الإجازةُ؛ لأنّه لا يُتَصوّرُ حِلُّ الوَطْءِ ههنا فلم يوجَدْ طَريان حِلِّ الوَطْءِ، فبَقيَ الموقوفُ بحالِه [١].

وهذا الذي ذكرنا قولُ أصحابِنا الثّلاثةِ. وقال زُفَرُ: لا يجوزُ بإجازةِ الوارِثِ والمشتَري بل يَبْطُلُ.

والأصلُ فيه: أنّ العقدَ الموقوفَ على إجازةِ إنسانٍ يحتَمِلُ الإجازةَ من قِبَلِ غيرِه عندَنا وعندَه لا يحتَمِلُ.

(وجه قولِه): أنّ الإجازةَ إنّما تَلْحَقُ الموقوفَ؛ لأنّها تنفيذُ الموقوفِ، فإنّما تَلْحَقُه على الوجه [٢/ ٦أ] الذي وقَفَ وإنّما وقَفَ على الأوّلِ لا على الثّاني، فلا يملِكُ الثّاني تنفيذَه.

(ولَنا): أنّه إنّما وقَفَ على إجازةِ الأوّلِ؛ لأنّ المِلْكَ له وقد صار المِلْكُ للثّاني فتنتقِلُ الإجازةُ إلى الثّاني؛ وهذا لأنّ المالك يملِكُ إنْشاء النّكاحِ بأصلِه ووَصْفِه - وهو النّفاذُ - فلأَنْ يملك تنفيذَ النّكاحِ الموقوفِ - وأنّه إثباتُ الوَصْفِ دونَ الأصلِ - أولى، ولو زَوّجَتِ المُكاتَبةُ نفسَها بغيرِ إذنِ المولى حتّى وقَفَ على إجازتِه فأعتقَها نَفَذَ العقدُ، ولا خيارَ فيه، كما [٢] ذكرنا في الأمةِ القِنّةِ. وكذلك إذا أدَّتْ فعَتقَتْ، وإنْ عَجزَتْ فإنْ كان بُضْعُها يَحِلُّ للمولى يَبْطُلُ العقدُ، وإنْ كان لا يَحِلُّ بأنْ كانتْ أُختَه من الرّضاعِ، أو كانتْ مَجوسيّةً توقَّفَ على إجازتِه.

ولو كان المولى هو الذي عَقَدَ عليها بغيرِ رِضاها حتّى وقَفَ على إجازتِها، فأجازتْ جاز العقدُ، وإنْ أدّتْ فعَتقَتْ أو أعتقَها المولى توقَّفَ العقدُ على إجازتِها إنْ كانتْ كبيرةً.

وإنْ كانتْ صَغيرةً فهو على ما ذكرنا من الاختِلافِ في الأمةِ، وتَتوقَّفُ على إجازةِ المولى عندَنا إذا لم يكنْ لها عَصَبةٌ غيرَ المولى، فإنْ كان فأجازوا جاز، وإذا أدركَتْ فلَها خيارُ الإدراكِ إذا كان المُجْبِرُ [٣] غيرَ الأبِ والجدِّ على ما ذكرنا. وإنْ لم يُعتِقْها حتّى عَجزَتْ بَطَلَ العقدُ. وإنْ كان بُضْعُها يَحِلُّ للمولى، وإنْ كان لا يَحِلُّ له فلا يجوزُ إلاّ بإجازتِه.

---

(١) في المخطوط: «على حاله».

(٢) في المخطوط: «لما».

(٣) في المخطوط: «المخير».

وَأمَّا بيانُ ما يملِكه من النكاحِ بعدَ الإذنِ، فنقول: إذا أذِنَ المولى للعبدِ بالتَّزْوِيجِ فلا يخلو: إمَّا أنْ خصّ الإذنَ بالتّزَوُّجِ أو [1] عَمَّه، فإنْ خصّ بأنْ قال له: تَزَوّجْ، لم يَجز له أنْ يتزَوّجَ إلاّ امرأةً واحِدةً؛ لأنّ الأمرَ المُطْلَقَ بالفعلِ لا يقتضي التّكرارَ، وكذا إذا قال له: تَزَوّجِ امرأةً؛ لأنّ قولَه: امرأةً اسمٌ لواحِدةٍ من هذا الجِنْسِ، وإنْ عَمَّ بأنْ قال: تَزَوّجْ ما شِئْتَ من النِّساءِ جاز له أنْ يتزَوّجَ ثِنْتَيْنِ ولا يجوزُ له أنْ يتزَوّجَ أكثرَ [2] من ذلك؛ لأنّه أذِنَ له بنِكاحِ ما شاء من النِّساءِ بلَفْظِ الجمعِ فيَنْصَرِفُ إلى جميعِ ما يملِكُه العبيدُ من النِّساءِ - وهو التَّزَوُّجُ باثْنَتَيْنِ - قال النّبيُّ ﷺ «لا يتزَوّجُ العبدُ أكثرَ من اثْنَتَينِ»[3] وعليه إجماعُ الصّحابةِ رضي الله عنهم.

ورُوِيَ عن الحكَمِ أنّه قال: اجتمع أصحابُ رسولِ اللّه ﷺ على أنّ العبدَ لا يَجْمَعُ من النِّساءِ فوقَ اثْنَتَيْنِ؛ ولأنّ مالِكِيّةَ النّكاحِ تُشْعِرُ بكمالِ الحالِ؛ لأنّها من بابِ الولايةِ والعبدُ أنْقَصُ حالاً من الحُرِّ، فيظهرُ أثرُ النُّقْصانِ في عَدَدِ المملوكِ له في النِّكاحِ، كما ظهر أثرُه في القَسَمِ، والطّلاقِ، والعِدَّةِ، والحُدودِ، وغيرِ ذلك.

وَهل يدخلُ تحت الإذنِ بالتّزَوُّجِ النّكاحُ الفاسِدُ؟ قال أبو حنيفةَ: يدخلُ حتّى لو تَزَوّجَ العبدُ امرأةً نِكاحًا فاسِدًا ودخل بها لَزِمَه المهْرُ في الحالِ. وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ: لا يدخلُ، ويُتْبَعُ بالمهْرِ بعدَ العِتْقِ.

(وجه قولِهما): أنّ غَرَضَ المولى من الإذنِ بالنِّكاحِ - [و] [4] هو حِلُّ الاستمتاعِ - ليحصُلَ به عِفّةُ العبدِ عن الزِّنا، وهذا لا يحصُلُ بالنّكاحِ الفاسِدِ؛ لأنّه لا يُفيدُ الحِلَّ، فلا يكونُ مُرادًا من الإذنِ بالتّزَوُّجِ، ولِهذا لو حَلَفَ لا يتزَوّجُ يَنْصَرِفُ إلى النّكاحِ الصّحيحِ، حتّى لو نَكَحَ نِكاحًا فاسِدًا لا يحنَثُ كذا هذا، ولأبي حنيفةَ أنّ الإذنَ بالتّزَوُّجِ مُطْلَقٌ

---

(١) في المخطوط: «وإما أن». (٢) في المخطوط: «بأكثر».

(٣) لم أقف عليه مرفوعًا... ولقد ثبت موقوفًا عن كثير من الصحابة، بل ذكر الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/ ١٧٣)، أثر الحكم بن عتيبة: أجمع الصحابة على أن لا ينكح العبد أكثر من اثنتين، وذكر قول الشافعي بعد ما روى هذا الكلام عن جمع من الصحابة: ولا يعرف لهم من الصحابة مخالف. انظر: سنن البيهقي الكبرى (٧/ ١٥٨)، مصنف ابن أبي شيبة (٣/ ٤٦٤)، مصنف عبد الرزاق (٧/ ٢٧٤)، علل الدارقطني (٢/ ١٦٨)، خلاصة البدر المنير لابن الملقن (٢/ ١٩٦)، المحلى (٩/ ٤٤٤)، نيل الأوطار (٦/ ٢٨٩).

(٤) ليست في المخطوط.

فيَنْصَرِفُ إلى الصّحيحِ والفاسِدِ، كالإذنِ بالبيْعِ مُطْلَقًا، وفي مسألةِ اليمينِ إنّما لم يَنْصَرِفْ لَفْظُ النِّكاحِ إلى الفاسِدِ لقَرينةٍ عُرْفيّةٍ، إلاَّ أنّ الأيمانَ محمولةٌ على العُرْفِ والعادةِ والمُتعارَفِ والمُعتادِ مِمَّا يُقْصَدُ باليمينِ الامتِناعُ عن الصّحيحِ لا الفاسِدِ؛ لأنّ فسادَ المحلوفِ عليه يَكْفي مانِعًا من الإقدامِ عليه، فلا حاجةَ إلى الامتِناعِ باليمينِ، والدّليلُ على صِحَّةِ هذا التّخريجِ أنّ يمينَ الحالِفِ لو كانتْ على الفعلِ الماضي يَنْصَرِفُ إلى الصّحيحِ والفاسِدِ جميعًا، ويتفَرَّعُ على هذا أنّه إذا تَزَوّجَ امرأةً نِكاحًا فاسِدًا ثمّ أرادَ أنْ يتزوّجَ أُخرى نِكاحًا صحيحًا ليس له ذلك عندَ أبي حنيفةَ؛ لأنّ الإذنَ انتَهى بالنّكاحِ [1]. وعندَهما له ذلك؛ لأنّ الإذنَ قد بَقيَ، ولو أَذِنَ له بنِكاحٍ فاسِدٍ نَصًّا ودخل بها يلزَمُه المهْرُ في الحالِ، في قولِهم جميعًا، أمَّا على أصلِ أبي حنيفةَ: فظاهرٌ، وأمَّا على أصلِهما؛ فلأنّ الصّرْفَ إلى الصّحيحِ لضَرْبِ دَلالةٍ [2] أوجبتْ إليه، فإذا جاء النّصُّ بخلافِه بَطَلَتِ الدّلالةُ - واللَّه عَزَّ وجَلَّ الموَفِّقُ - .

وَأمَّا بيانُ حكمِ المهْرِ في نِكاحِ المملوكِ فنقول: إذا كانتِ الإجازةُ قبلَ الدُّخولِ بالأمةِ لم يكنْ على الزّوْجِ إلاَّ مَهْرٌ واحِدٌ؛ وإنْ كان بعدَ الدُّخولِ بها [٢/ ٦ب] فالقياسُ أنْ يلزَمَه مَهْرانِ، مَهْرٌ بالدُّخولِ قبلَ الإجازةِ، ومَهْرٌ بالإجازةِ.

(وجه القياسِ): أنّه وُجِدَ سببُ وُجوبِ مَهْرَيْنِ:

احدُهما: الدُّخولُ؛ لأنّ الدُّخولَ في النِّكاحِ الموقوفِ دخولٌ في نِكاحٍ فاسِدٍ، وهو بمنزِلةِ الدُّخولِ في نِكاحٍ فاسِدٍ، وذا يوجِبُ المهْرَ، كذا هذا.

والثاني: النّكاحُ الصّحيحُ؛ لأنّ النّكاحَ قد صَحَّ بالإجازةِ.

ولِلاستحسانِ وجهانِ:

احدُهما: أنّ النِّكاحَ كان موقوفًا على إذنِ [3] المالِكِ كنِكاحِ الفُضوليِّ، والعقدُ الموقوفُ إذا اتَّصَلَتْ به الإجازةُ تستَنِدُ الإجازةُ إلى وقتِ العقدِ، وإذا استَنَدَتِ الإجازةُ إليه صار كأنّه عَقَدَه بإذنِه، إذِ الإجازةُ اللاَّحِقةُ كالإذنِ السّابِقِ فلا يجبُ إلاَّ مَهْرٌ واحِدٌ.

---

(١) زاد في المخطوط: «الفاسد». (٢) زاد في المخطوط: «الصرف».
(٣) في المخطوط: «إجازة».

والثاني: أنّ مَهْرَ المثلِ لو وجب لَكان لوُجودِه تَعَلُّقًا بالعقدِ؛ لأنّه لولاه لَكان الفعلُ زِنًا، ولَكان الواجبُ هو الحدُّ لا المهْرُ، وقد وجب المُسَمَّى بالعقدِ، فلو وجب به مَهْرُ المثلِ أيضًا لَوَجَبَ بعَقْدٍ واحِدٍ مَهْرانِ وأنّه مُمْتَنِعٌ.

ثمّ كُلُّ ما وجب من مَهْرِ الأمةِ فهو للمولى، سَواءٌ وجب بالعقدِ أو بالدُّخولِ، وسَواءٌ كان المهْرُ مُسَمًّى أو مَهْرَ المثلِ، وسَواءٌ كانتِ الأمةُ قِنَّةً أو مُدَبَّرةً أو أُمَّ ولَدٍ، إلاَّ المُكاتَبَة والمُعتقَ بعضُها، فإنّ المهْرَ لهما؛ لأنّ المهْرَ وجب عِوَضًا عن المُتْعةِ وهي مَنافِعُ البُضْعِ، ثمّ إنْ كانتْ مَنافِعُ البُضعِ مُلْحَقةً بالأجزاءِ والأعيانِ فعِوَضُها يكونُ للمولى كالأرشِ، وإنْ كانتْ مُبْقاةً على حقيقةِ المنْفَعةِ فبَدَلُها يكونُ للمولى أيضًا كالأُجْرةِ، بخلافِ المُكاتَبةِ؛ لأنّ هناك الأرشُ والأُجْرةُ لها، فكان المهْرُ لها أيضًا، وكُلُّ مَهْرٍ لَزِمَ العبدَ، فإنْ كان قِنًّا والنّكاحُ بإذنِ المولى يتعلّقُ بكَسبه، ورَقَبَتُه تُباعُ فيه إنْ لم يكنْ له كسبٌ عندَنا؛ لأنّه دَيْنٌ ثابِتٌ في حَقِّ العبدِ ظاهرٌ في حَقِّ المولى. ومثلُ هذا الدّيْنِ يتعَلَّقُ برَقَبةِ العبدِ على أصلِ أصحابِنا، والمسألةُ سَتأتي في كتابِ المأذونِ.

وإنْ كان مُدَبَّرًا أو مُكاتَبًا فإنّهما يسعَيانِ في المهْرِ فيُستَوْفى من كسبهما لتَعَذُّرِ الاستيفاءِ من رَقَبَتِهما بخُروجِهما عن احتِمالِ البيْعِ بالتّدْبيرِ والكتابةِ. وما لَزِمَ العبيدَ من ذلك بغيرِ إذنِ المولى اتُّبِعوا به بعدَ العِتْقِ؛ لأنّه دَيْنٌ تَعَلَّقَ بسببٍ لم يظهرْ في حَقِّ المولى، فأشبَهَ الدّيْنَ الثّابِتَ بإقرارِ العبدِ المحجورِ أنّه لا يلزَمُه للحالِ ويُتْبَعُ به بعدَ العتاقِ لما قلنا كذا هذا - واللهُ أعلَمُ -.

وَمنها الولايةُ في النّكاحِ فلا يَنْعَقِدُ إنْكاحُ مَنْ لا ولايةَ له، والكلامُ في هذا الشّرطِ يَقَعُ في مواضعَ.

في بيانِ أنواعِ الولايةِ.

وفي بيانِ سببَ ثُبوتِ كُلِّ نوعٍ.

وفي بيانِ شرطِ ثُبوتِ كُلِّ نوعٍ وما يَتّصِلُ به.

أمّا الأوّل: فالولايةُ في بابِ النّكاحِ أنواعٌ أربعةٌ:

ولايةُ المِلْكِ.

وولايةُ القرابةِ.

وولايةُ الوَلاءِ.

وولايةُ الإمامةِ.

أمّا ولايةُ المِلْكِ: فسببُ ثُبوتِها المِلْكُ؛ لأنّ ولايةَ الإنكاحِ ولايةُ نَظَرٍ، والمِلْكُ داعٍ[1] إلى الشّفقةِ والنّظَرِ في حَقِّ المملوكِ؛ فكان سببًا لثُبوتِ الولايةِ، ولا ولايةَ للمَمْلوكِ لعَدَمِ المِلْكِ له؛ إذْ هو مَمْلوكٌ في نفسِه فلا يكونُ مالِكًا.

وأمّا شَرائطُ ثُبوتِ هذه الولايةِ فمنها: عَقْلُ المالِكِ، ومنها بُلوغُه، فلا يجوزُ الإنْكاحُ من المجنونِ والصّبيِّ الذي لا يَعقِلُ ولا من الصّبيِّ العاقِلِ؛ لأنّ هَؤُلاءِ ليسوا من أهلِ الولايةِ؛ لأنّ أهليّةَ الولايةِ بالقُدْرةِ على تحصيلِ النّظَرِ في حَقِّ المولّى عليه، وذلك بكمالِ الرّأيِ والعقلِ ولم يوجَدْ، ألا ترى أنّه لا ولايةَ لهم على أنفسِهم، فكيفَ يكونُ على غيرِهم؟.

ومنها: المِلْكُ المُطْلَقُ، وهو أنْ يكونَ المولّى عليه مَمْلوكًا للمالِكِ رَقَبةً ويَدًا، وعلى هذا يخرجُ إنْكاحُ الرّجُلِ أمَتَه، أو مُدَبَّرَتَه، أو أُمَّ ولَدِه، أو عبده، أو مُدَبَّرَه أنّه جائزٌ سَواءً رَضيَ به المملوكُ أو لا، ولا يجوزُ إنْكاحُ المُكاتَبِ والمُكاتَبةِ إلاّ برِضاهما، أمّا إنْكاحُ الأمةِ والمُدَبَّرةِ وأُمِّ الوَلَدِ فلا خلافَ في جوازِه، صَغيرةً كانتْ أو كبيرةً. وأمّا إنْكاحُ العبدِ فإنْ كان صَغيرًا يجوزُ، وإنْ كان كبيرًا فقد ذُكِرَ في ظاهرِ الرّوايةِ أنّه يجوزُ من غيرِ رِضاه.

ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ أنّه لا يجوزُ إلاّ برِضاه. وبه أخذ الشّافعيُّ.

(وجه هذه الرّوايةِ): أنّ مَنافِعَ بُضْعِ العبدِ لم تَدْخُلْ تحت مِلْكِ المولى بل هو أجنبيٌّ عنها، والإنسانُ لا يملِكُ التّصرُّفَ في مِلْكِ غيرِه من غيرِ رِضاه، ولِهذا لا يملِكُ إنْكاحَ المُكاتَبِ والمُكاتَبةِ، بخلافِ الأمةِ؛ لأنّ مَنافِعَ بُضْعِها مَمْلوكةٌ للمولى ولأنّ نِكاحَ المُكْرَه لا يَنْفُذُ ما وُضِعَ له من المقاصِدِ المطْلوبةِ منه؛ لأنّ حُصُولَها بالدّوام على النّكاحِ، والقرارِ عليه. ونِكاحُ المُكْرَه لا [٢/ ٧أ] يَدومُ بل يُزيلُه العبدُ بالطّلاقِ فلا يُفيدُ فائدةً.

(وجه ظاهرِ الرّوايةِ): قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾ [النور :٣٢] أمرَ اللّه سبحانه وتعالى الموالي بإنْكاحِ العبيدِ والإماءِ مُطْلَقًا عن شرطِ الرِّضا، فمَنْ

(١) في المخطوط: «أدعى».

شَرَطَه [١] يحتاجُ إلى الدّليلِ؛ ولأنّ إنْكاحَ المملوكِ من المولى تَصَرُّفٌ لنفسِه؛ لأنّ مَقاصِدَ النّكاحِ ترجِعُ إليه؛ فإنّ الوَلَدَ في إنْكاحِ الأمةِ له وكذا في إنْكاحِ أمَتِه من عبدِه، ومَنْفَعةَ العقدِ عن الزّنا الذي يوجِبُ نُقْصانَ ماليّةِ مَمْلوكِه حَصَلَ له أيضًا، فكان هذا الإنْكاحُ تَصرُّفًا لنفسِه. ومَنْ تَصرّفَ في مِلْكِ نفسِه لنفسِه يَنْفُذُ، ولا يُشْتَرَطُ فيه رِضا المُتصرَّفِ فيه، كما في البيْعِ والإجارةِ وسائرِ التّصرُّفاتِ؛ ولأنّ العبدَ مِلْكُه بجميعِ أجزائه مُطْلَقًا لما ذكرنا من الدّلائلِ فيما تقدَّمَ ولِكُلِّ مالِكٍ ولايةُ التّصرُّفِ في مِلْكِه إذا كان التّصرُّفُ مَصْلَحةً، وإنْكاحُ العبدِ مَصْلَحةٌ في حَقِّه؛ لما فيه من صيانةِ مِلْكِه عن النُّقْصانِ بواسِطةِ الصِّيانةِ عن الزّنا.

وقولُه: «مَنافِعُ البُضْعِ [٢] غيرُ مَمْلوكةٍ لسَيِّدِه» مَمْنوعٌ بل هي مَمْلوكةٌ إلاّ أنّ المولى يمنع من استيفائها، لما فيه من الفسادِ وهذا لا يمنَعُ ثُبوتَ المِلْكِ كالجاريةِ المجوسيّةِ والأُختِ من الرّضاعةِ أنّه يُمْنَعُ المولى من الاستمتاعِ بهما مع قيامِ المِلْكِ كذا هذا.

والمِلْكُ المُطْلَقُ لم يوجَدْ في المُكاتَبِ؛ لزَوالِ مِلْكِ اليدِ بالكتابةِ حتّى كان أحَقَّ بالكتابةِ [٣]، ولِهذا لم يدخلْ تحت مُطْلَقِ اسمِ المملوكِ في قولِه: «كُلُّ مَمْلوكٍ لي فهو حُرٌّ» إلاَّ بالنّيّةِ فقيامُ مِلْكِ الرّقَبةِ إنِ اقتضى ثُبوتَ الولايةِ فانعِدامُ مِلْكِ اليدِ يمنَعُ من الثُّبوتِ، فلا تَثْبُتُ الولايةُ بالشّكِّ؛ ولأنّ في التّزويجِ من غيرِ رِضا المُكاتَبِ ضَرَرًا؛ لأنّ المولى بعَقْدِ الكتابةِ جعله أحَقَّ بمكاسِبه ليتوصّلَ بها إلى شَرَفِ الحُرّيّةِ فالتّزويجُ من غيرِ رِضاه يوجِبُ تَعَلُّقَ المهْرِ والنّفقةِ بكَسبه، فلا يَصِلُ إلى الحُرّيّةِ فيتضرَّرُ به، بشرطِ رِضاه دَفْعًا للضَّرَرِ عنه.

وقولُه: «لا فائدةَ في هذا النّكاحِ» مَمْنوعٌ؛ فإنّ في طَبْعِ كُلِّ فحْلٍ التّوَقانُ إلى النِّساءِ، فالظّاهرُ هو قضاءُ الشهوةِ خُصُوصًا عندَ عَدَمِ المانِعِ - وهو الحُرْمةُ - وكذا الظّاهرُ من حالِ العبدِ الامتِناعُ من بعضِ تَصرُّفِ المولى احترامًا له، فيبقى النّكاحُ فيُفيدُ (فائدةً تامّةً) [٤] - واللّه الموفِّقُ -.

وأمّا ولايةُ القرابةِ: فسببُ ثُبوتِها هو أصلُ القرابةِ وذاتُها لا كمالُ القرابةِ، وإنّما [٥]

---

(١) في المخطوط: «شرط».
(٢) في المخطوط: «بضع العبد».
(٣) في المخطوط: «باكتسابه».
(٤) في المخطوط: «فائدته».
(٥) في المخطوط: «لأن».

الكمالُ شرطُ التقَدُّمِ على ما نذكرُ، وهذا عندَ أصحابِنا[١].

وعندَ الشّافعيِّ: السّببُ هو القرابةُ القريبةُ، وهي قرابةُ الولادِ[٢]. وعلى هذا يُبنَى أنّ لغيرِ الأبِ والجدِّ كالأخِ والعمِّ ولايةُ الإنْكاحِ [٣] عندَنا خلافًا له.

واحتجَّ بما رُوِيَ عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال: «لا تُنكَحُ اليتيمةُ حتّى تُستَأمَرَ»[٤]. وحقيقةُ اسمِ اليتيمةِ للصّغيرةِ لُغةً، قال النّبيُّ: ﷺ «لا يُتْمَ بعدَ الحُلُم»[٥] نَهَى ﷺ عن إنْكاحِ اليتيمةِ، ومَدَّه إلى غايةِ الاستِئْمارِ ولا تَصيرُ أهلاً للاستِئْمارِ إلاّ بعدَ البُلوغِ، فيتضَمَّنُ [٦] البُلوغَ كأنّه قال ﷺ: حتّى تَبْلُغَ وتُستَأمَرَ؛ ولأنّ النّكاحَ عَقْدُ إضرارٍ في [٧] جانِبِ النّساءِ لما نذكرُ - إنْ شاء اللَّه تعالى - في (مثلِه إنْكاحَ البِنْتِ) [٨] البالِغةِ ومثلُ هذا التّصرُّفِ لا يدخلُ تحت

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٤٨٠)، مختصر الطحاوى ص (١٦٩)، المبسوط (٤/ ٢١٩)، فتح القدير (٣/ ٢٧٤)، البناية في شرح الهداية (٤/ ٥٩٧).

(٢) مذهب الشافعية: أن أسباب الولاية أربعة (الأول الأبوة والجدودة، الثاني العصوبة بالنسب كالإخوة والأعمام وبنيهما، والثالث الإعتاق، والرابع الإمامة أو السلطان) انظر: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٤٨٠)، الحاوي الكبير (١١/ ٩٦)، الوسيط في المذهب (٥/ ٩٣ - ٦٧)، روضة الطالبين (٧/ ٥٣ - ٥٩).

(٣) في المخطوط: «النكاح».

(٤) رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب: في الاستئمار ، حديث (٢٠٩٣)، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فهو إذنها، وإن أبت فلا جواز عليها». وقال الألباني في صحيح أبي داود: حسن صحيح، ورواه الترمذي، كتاب النكاح، باب: ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج، حديث (١١٠٩)، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «اليتيمة تستأمر في نفسها...» وقال الألباني في صحيح الترمذي: حسن صحيح، ورواه النسائي، حديث (٣٢٦١)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٢٠)، حديث (١٣٤٦٨). ورواه الدارقطني في سننه (٣/ ٢٣١)، حديث (٤٠)، عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «لا تنكح اليتيمة إلا بإذنها». قلت: وسنده ضعيف جدًّا. فيه: علي بن قرين: كذاب، وسلمة بن الفضل الأبرش: صدوق كثير الخطأ، انظر التقريب (١/ ٣١٩).

(٥) روى عبد الرزاق في مصنفه عن علي عن النبي ﷺ قال: «لا رضاع بعد الفصال ولا وصال، ولا يتم بعد الحلم» ونقل خلاف الثوري مع أبي عروة على وقفه ورفعه، ورواه الحارث كما في زوائد الهيثمي (١/ ٤٣٩)، عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «لا يتم بعد الحلم...»، ورواه أبو داود، كتاب الوصايا، باب: ما جاء متى ينقطع اليتم، حديث (٢٨٧٣)، عن علي قال: حفظت عن رسول الله ﷺ: «لا يتم بعد احتلام، ولا صمات يوم إلى الليل»، وكذا رواه البيهقي في الكبرى (٦/ ٥٧)، حديث (١١٠٩١)، والطبراني في الأوسط (١/ ٩٥)، حديث (٢٩٠). وقال العجلوني في كشف الخفاء (٢/ ٤٩٩): حسنه النووي متمسكًا بسكوت أبي داود عليه، لا سيما ورواه الطبراني في الصغير عن علي أيضًا، بل له شواهد عن جابر وأنس وغيرهما. وصححه الألباني في الإرواء (١٢٤٤).

(٦) في المخطوط: «فيضمن». (٧) في المخطوط: «من».

(٨) في المخطوط: «مسألة إنكاح الثيب».

ولايةِ المولى كالطّلاقِ، والعتاقِ، والهِبةِ، وغيرِهما؛ إلاّ أنّه تَثْبُتُ الولايةُ للأبِ والجدِّ بالنّصِّ والإجماعِ؛ لكمالِ شَفَقَتِهما، وشَفَقةُ غيرِ الأبِ والجدِّ قاصِرةٌ، وقد (ظهر أثرُ)[1] القُصُورِ في سَلْبِ ولايةِ التّصَرُّفِ في الحالِ[2] بالإجماعِ وسَلْبِ ولايةِ اللُّزومِ عندَكم، فتعذَّرَ الإلحاقُ.

(ولَنا): قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢] هذا خطابٌ لعامَّةِ المُؤْمِنينَ لأنّه بُنيَ على قوله تعالى: ﴿وَتُوبُوٓا۟ إِلَى ٱللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ ٱلْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [النور: ٣١] ثمّ خُصّ منه الأجانِبُ فبَقيَتِ الأقارِبُ تحته إلاّ مَنْ خُصّ بدليلٍ؛ ولأنّ سببَ ولايةِ التّنْفيذِ في الأبِ والجدِّ هو مُطْلَقُ القرابةِ لا القرابةُ القريبةُ، وإنّما قربُ القرابةِ سببُ زيادةِ الولايةِ وهي ولايةُ الإلزامِ؛ لأنّ مُطْلَقَ القرابةِ حاصِلٌ على أصلِ الشّفَقةِ أعني [به][3] شَفَقةً زائدةً على شَفَقةِ الجِنْسِ وشَفَقةِ الإسلامِ، وهي داعيةٌ إلى تحصيلِ النّظَرِ في حَقِّ المولَّى عليه.

وشرطُها: عَجْزُ المولَّى عليه عن تحصيلِ النّظَرِ بنفسِه مع حاجَتِه إلى التّحصيلِ؛ لأنّ مَصالِحَ النّكاحِ مُضَمَّنةٌ تحت الكفاءةِ، والكُفْءُ عَزيزُ الوُجودِ فيُحْتاجُ إلى إحرازِه للحالِ لاستيفاءِ مَصالِحِ النّكاحِ بعدَ البُلوغِ، وفائدَتُها وُقوعُها وسيلةً إلى ما وُضِعَ النّكاحُ له، وكُلُّ ذلك موجودٌ في إنْكاحِ الأخِ والعمِّ فيَنْفُذُ، إلاّ أنّه لم يلزَم تَصَرُّفه لانعِدامِ شرطِ اللُّزومِ - وهو قربُ القرابةِ - ولم تَثْبُتْ له ولايةُ [٢/ ٧ب] التّصَرُّفِ في المالِ لعَدَمِ الفائدةِ؛ لأنّه لا سبيلَ إلى القولِ باللُّزومِ؛ لأنّ قرابةَ غيرِ الأبِ والجدِّ ليستْ بمُلْزِمةٍ، ولا سبيلَ إلى القول بالنّفاذِ بدونِ اللُّزومِ؛ لأنّه لا يُفيدُ، إذِ المقصُودُ من التّصَرُّفِ في المالِ - وهو الرِّبْحُ - لا يحصُلُ إلاّ بتكرارِ التِّجارةِ ولا يحصُلُ ذلك مع عَدَمِ اللُّزومِ لأنّه إذا اشترى شيئًا يحتاجُ إلى أنْ يُمْسِكَه إلى وقتِ البُلوغِ فلا يحصُلُ المقصُودُ فسَقَطَتْ ولايةُ التّصَرُّفِ في المالِ بطَريقِ الضّرورةِ وهذه الضّرورةُ مُنْعَدِمةٌ في [ولايةِ][4] الإنْكاحِ فثبتتْ ولايةُ الإنْكاحِ.

وأمّا الحديث: فالمُرادُ منه اليتيمةُ البالِغةُ بدلالةِ الاستِئْمارِ وهذا وإنْ كان مَجازًا لكنْ فيما ذكره أيضًا إضمارٌ فوَقَعَتِ المُعارَضةُ فسَقَطَ الاحتِجاجُ به أو نحمِلُه على ما قلنا تَوْفيقًا بين

---

(١) في المخطوط: «أَثَرَ».
(٢) في المخطوط: «المال».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.

الدّليلينِ صيانةً لهما عن التّناقُضِ .

ثمّ إذا زوّجَ الصّغيرُ أو الصّغيرةُ فلَهما الخيارُ إذا بَلَغا عندَ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ . وعندَ أبي يوسفَ لا خيارَ لهما ونذكرُ المسألةَ - إنْ شاء اللّه تعالى - في شَرائطِ اللُّزومِ .

وأمّا شَرائطُ ثُبوتِ هذه الولايةِ فنوعانِ في الأصلِ:

نوعٌ هو شرطُ ثُبوتِ أصلِ الولايةِ .

ونوعٌ هو شرطُ التّقَدُّمِ .

أمّا شرائطُ (١) ثُبوتِ أصلِ الولايةِ فأنواعٌ:

بعضُها يرجعُ إلى الوَليِّ .

وبعضُها يرجعُ إلى الموَلّى عليه .

وبعضُها يرجعُ إلى نفسِ التّصَرُّفِ .

أمّا الذي يرجعُ إلى الوَليِّ فأنواعٌ.

منها: عَقْلُ الوَليِّ .

ومنها: بُلوغُه فلا تَثْبُتُ الولايةُ للمجنونِ والصّبيِّ ؛ لأنّهما ليسا من أهلِ الولايةِ لما ذكرنا في ولايةِ المِلْكِ ولِهذا لم تَثْبُتْ لهما الولايةُ على أنفسِهِما مع أنّهما أقرَبُ إليهما فلأَنْ لا تَثْبُتَ على غيرِهِما أولى .

ومنها: أنْ يكونَ (٢) مِمّنْ يَرِثُ الزوجَ (٣) ؛ لأنّ سببَ ثُبوتِ الولايةِ والوِراثةِ واحِدٌ وهو القرابةُ وكُلُّ مَنْ يَرِثُه يَلي عليه، ومَنْ لا (يَرِثُه لا يَلي عليه) (٤) وهذا يَطَّرِدُ على أصلِ أبي حنيفةَ خاصّةً ويَنْعَكِسُ عندَ الكُلِّ فيخرجُ عليه مَسائلُ فنقول: لا ولايةَ للمَمْلوكِ على أحدٍ؛ لأنّه لا يَرِثُ أحدًا ولأنّ المملوكَ ليس من أهلِ الولايةِ .

ألا ترى أنّه لا ولايةَ له على نفسِه ؛ ولأنّ الولايةَ تُنبِئُ عن المالِكيّةِ والشّخصُ الواحِدُ

---

(١) في المطبوع: «شرط».

(٢) في المخطوط: «تكون».

(٣) في المطبوع: «الخروج».

(٤) في المخطوط: «فلا».

كيف [١] يكونُ مالِكًا ومَمْلوكًا في زَمانٍ واحِدٍ لأنّ هذه ولايةُ نَظَرٍ ومَصْلَحةٍ، ومَصالِحُ النّكاحِ لا يُتوقَّفُ عليها إلاّ بالتّأمُّلِ والتّدبُّرِ، والمملوكُ لاشتِغالِه بخِدْمةِ مولاه لا يتفرَّغُ للتّأمُّلِ والتّدبُّرِ فلا يَعرِفُ كونَ إنْكاحِه مَصْلَحةً - واللّه عَزَّ وجَلَّ الموفِّقُ.

ولا ولايةَ للمُرْتَدِّ على أحدٍ لا على مسلمٍ ولا على كافرٍ ولا على مُرْتَدٍّ مثلِه؛ لأنّه لا يَرِثُ أحدًا ولأنّه لا ولايةَ له على نفسِه حتّى لا يجوز نِكاحُه أحدًا [٢] لا مسلمًا ولا كافرًا ولا مُرْتَدًّا مثلَه فلا يكونُ له ولايةٌ على غيرِه.

ولا ولايةَ للكافرِ على المسلمِ؛ لأنّه لا ميراثَ بينهما، قال النّبيُّ ﷺ: «**لا يتوارَثُ أهلُ مِلَّتَينِ شيئًا**»[٣] ولأنّ الكافرَ ليس من أهلِ الولايةِ على المسلم لأنّ الشّرعَ قَطَعَ ولايةَ الكافرِ على المسلمينَ قال اللّه تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] وقال ﷺ: «**الإسلامُ يَعلو ولا يُعلى**»[٤] ولأنّ إثباتَ الولايةِ للكافرِ على المسلمِ تُشْعِرُ بإذلالِ المسلمِ من جِهةِ الكافرِ، وهذا لا يجوزُ ولِهذا صِينَتِ المسلمةُ عن نِكاحِ الكافرِ، وكذلك إنْ كان الوَلِيُّ مسلمًا والمولَّى عليه كافرًا فلا ولايةَ له عليه لأنّ المسلمَ، لا يَرِثُ الكافرَ كما أنّ الكافرَ لا يَرِثُ المسلمَ قال النّبيُّ ﷺ: «**لا يَرِثُ المُؤْمِنُ الكافرَ ولا الكافرُ المُؤْمِنَ**»[٥] إلاّ أنّ

---

(١) في المخطوط: «لا». (٢) في المخطوط: «لأحد».

(٣) رواه أبو داود، كتاب: الفرائض، باب: هل يرث المسلم الكافر، حديث (٢٩١١)، وابن ماجه، حديث (١٧٣١)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٢١٨)، حديث (١٢٠٠٩)، والنسائي في الكبرى (٤/ ٨٢)، حديث (٦٣٨٣)، كلهم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. بلفظ: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» وحسنه الألباني في الإرواء (١٧١٩)، وروى النسائي في الكبرى (٤/ ٨٢)، حديث (٦٣٨١) عن أسامة بن زيد قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يتوارث أهل ملتين شيء»، وروى الطبراني في الأوسط (٦/ ٢٥١)، حديث (٦٣٢٣) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يتوارث أهل ملتين بشيء»، وقال: لم يرو هذا الحديث عن يعقوب بن عطاء إلا سفيان، تفرد به سعيد بن منصور. وانظر الكامل في الضعفاء (٣/ ٥٩).

(٤) رواه الدارقطني في سننه (٣/ ٢٥٢)، حديث (٣٠)، والبيهقي في الكبرى (٦/ ٢٠٥)، حديث (١١٩٣٥)، والضياء في المختارة (٨/ ٢٤٠)، حديث (٢٩١) عن عائذ بن عمرو، وقال الحافظ في التلخيص (٤/ ١٢٦)، حديث (١٩٢١): رواه الدارقطني من حديث عائذ المزني، وعلقه البخاري. رواه الطبراني في الصغير من حديث عمر مطولاً في قصة الأعرابي والضب، وإسناده ضعيف جدًا، وقال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٢١٣)، رواه الدارقطني عن عائذ بن عمرو المزني عن النبي ﷺ. . . . قال الدارقطني: وعبد الله بن حشرج وأبوه مجهولان. قلت: حسنه الألباني في صحيح الجامع (٢٧٧٨).

(٥) رواه البخاري، كتاب المغازي، باب: أين ركَزَ النبي ﷺ الراية يوم الفتح، حديث (٤٢٨٣)، وأحمد (٥/ ٢٠١)، حديث (٢١٨٠٠) عن أسامة بن زيد رضي الله عنهما. وقد ثبت أيضًا الحديث بلفظ آخر غير

ولَدَ المُرْتَدِّ إذا كان مُؤْمِنًا صار مخصُوصًا عن النصِّ.

وأمَّا إسلامُ الوَلي: فليس بشرطٍ لثُبوتِ الولايةِ في الجُمْلةِ، فيَلي الكافرُ على الكافرِ؛ لأنَّ الكُفْرَ لا يقدَحُ في الشَّفَقةِ الباعِثةِ عن[1] تحصيلِ النَّظَرِ في حَقِّ المولَّى عليه، ولا في الوِراثةِ فإنّ الكافرَ يَرِثُ الكافرَ ولِهذا كان من أهلِ الولايةِ على نفسِه فكذا على غيرِه.

وقال الله عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣] وكذا العدالةُ ليستْ بشرطٍ لثُبوتِ الولايةِ عندَ أصحابِنا[2]، وللفاسِقِ أنْ يُزَوِّجَ ابنَه وابنَتَه الصَّغيرَيْنِ. وعندَ الشّافعيِّ شرطٌ[3] وليس للفاسِقِ ولايةُ التَّزْويجِ، واحتَجَّ بما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**لا نِكاحَ إلاَّ بوَليٍّ مُرْشِدٍ**»[4] والمُرْشِدُ بمعنى الرّشيدِ كالمُصْلِحِ بمعنى الصّالِحِ والفاسِقُ ليس برَشيدٍ، ولأنّ الولايةَ من بابِ الكرامةِ، والفِسقُ سببُ الإهانةِ ولِهذا لم أقبل شهادَتَه.

(ولَنا): عُمومُ قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢] وقولِه ﷺ: «**زَوِّجوا بَناتِكم الأكفاءَ**»[5] من غيرِ فصلٍ.

الذي رواه المصنف: فعند البخاري، كتاب الفرائض، باب: لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، حديث (٦٧٦٤)، ومسلم، كتاب الفرائض، حديث (١٦١٤)، وأبو داود، حديث (٢٩٠٩)، والترمذي، حديث (٢١٠٧)، وابن ماجه، حديث (٢٧٢٩)، كلهم عن أسامة بن زيد، بلفظ: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم».

(١) في المخطوط: «على».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: التحقيق (٧/ ١٢٠)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٩).

(٣) مذهب الشافعية: أن ولاية الفاسق لا تصح، انظر: التحقيق (٧/ ١٢٠)، الحاوي (١١/ ١٦٥)، الروضة (٧/ ٦٤)، نهاية المحتاج (٦/ ٢٣٨).

(٤) رواه الشافعي في مسنده، ص (٢٢٠)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١١٢)، حديث (١٣٤٢٨) عن ابن عباس رضي الله عنهما، وقال الحافظ في خلاصة البدر المنير (٢/ ١٨٩): رواه الشافعي في سننه، والبيهقي. قال الطبراني: تفرد به القواريري. قال البيهقي: هو ثقة متفق على عدالته، إلا أن المشهور وقفه على ابن عباس، قلت: وصححه الألباني موقوفًا على ابن عباس، الإرواء (١٨٤٤). وقد صحح الحديث مرفوعًا بدون قوله: «مرشد» وانظر: سنن أبي داود، حديث (٢٠٨٥)، والترمذي (١١٠١)، وابن ماجه، حديث (١٨٨١)، وابن حبان في صحيحه (٩/ ٣٨٦)، حديث (٤٠٧٥)، والحاكم في المستدرك (٢/ ١٨٤)، حديث (٢٧١٠)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٠٦)، حديث (١٣٣٨٦).

(٥) روى ابن حبان في المجروحين (٢/ ٢٨٦)، حديث (٩٨٣)، في ترجمة محمد بن مروان، وذكر عنه أنه كان ممن يروى الموضوعات عن الأثبات لا يحل كتابة حديثه إلا على جهة الاعتبار، ولا الاحتجاج به بحال من الأحوال. ثم ذكر له هذا الحديث: «زوجوا الأكفاء وتزوجوا إليهم واختاروا لنطفكم وإياكم والزنج،

(ولَنَا): إجماعُ الأُمَّةِ أيضًا فإنّ النّاسَ عن آخِرِهم عامَّهم وخاصّهم من [٢/ ١٨أ] لَدُنْ رسولِ اللّه ﷺ إلى يومِنا هذا يُزَوِّجونَ بَناتَهم من غيرِ نَكيرٍ من أحدٍ خُصُوصًا: الأعرابُ والأكرادُ والأتراكُ، ولأنّ هذه ولايةُ نَظَرٍ، والفِسقُ لا يقدَحُ في القُدْرةِ على تحصيلِ النّظَرِ ولا في الدّاعي إليه وهو الشّفَقةُ وكذا لا يقدَحُ في الوِراثةِ فلا يقدَحُ في الولايةِ كالعدْلِ، ولأنّ الفاسِقَ من [أهلِ] [١] الولايةِ على نفسِه فيكونُ من أهلِ الولايةِ على غيرِه كالعدْلِ، ولِهذا قَبِلْنا شهادَتَه ولأنّه من أهلِ أحدِ نوعيِّ الولايةِ وهو ولايةُ المِلْكِ حتّى يُزَوِّجَ أمَتَه فيكونُ من أهلِ النّوْعِ الآخَرِ.

وأمّا الحديثُ: فقد قِيلَ إنّه لم يَثْبُتْ بدونِ هذه الزّيادةِ فكيفَ يَثْبُتُ مع الزّيادةِ ولو ثبت فنقول بموجبِه: والفاسِقُ مُرْشِدٌ لأنّه يُرْشِدُ غيرَه لوُجودِ آلةِ الإرشادِ - وهو العقلُ - فكان هذا نَفْيُ الولايةِ للمجنونِ، وبه نقول: إنّ المجنونَ لا يصلُحُ وليًّا والمحدودُ في القذْفِ إذا تابَ فلَه ولايةُ الإنْكاحِ بلا خلافٍ؛ لأنّه إذا تابَ فقد صار عَدْلاً وإنْ لم يَتُبْ فهو على الاختِلافِ؛ لأنّه فاسِقٌ - واللّه الموَفِّقُ -.

وأمّا كونُ المولى [٢] من العصَباتِ فهل هو شرطُ ثُبوتِ [٣] الولايةِ أم لا؟ فنقول: - وباللّه التّوْفيقُ - جُمْلةُ الكلام فيه أنّه لا خلافَ في أنّ للأبِ والجدِّ ولايةَ الإنْكاحِ إلاّ شيءٌ يُحْكَى عن عثمانَ البتّيِّ وابنِ شُبْرُمةَ أنّهما قالا: ليس لهما ولايةُ التّزْويجِ.

(وجه قولِهما): أنّ حكمَ النّكاحِ إذا ثبت لا يقتصِرُ على حالِ الصِّغَرِ بل يَدومُ ويبقى إلى ما بعدَ البُلوغِ إلى أنْ يوجَدَ ما يُبْطِلُه، وفي هذا ثُبوتُ الولايةِ على البالِغةِ ولأنّه استَبَدَّ أو كأنّه أنشَأَ الإنْكاحَ بعدَ البُلوغِ وهذا لا يجوزُ.

(ولَنَا): قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور:٣٢] والأيِّمُ: اسمٌ لأُنْثَى من بَناتِ آدَمَ عليه الصلاة والسلام كبيرةً كانتْ أو صَغيرةً لا زَوْجَ لها، وكَلِمةُ «من» إنْ كانتْ للتَّبْعيضِ يكونُ هذا خطابًا للآباءِ، وإنْ كانتْ للتَّجْنيسِ يكونُ خطابًا لجِنْسِ المُؤْمِنينَ، وعُمومُ

فإنه خلق مشوه»، وانظر كشف الخفاء (١/ ٥٣٤)، حديث (١٤٣٦)، وقال الألباني في ضعيف الجامع (٣١٧٨): موضوع، وكذا قال في الضعيفة (٧٣٠).

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «الولي».

(٣) في المخطوط: «الثبوت».

الخطابِ يتناوَلُ الأبَ والجدَّ، وأنْكَحَ الصِّدِّيقُ رضي الله عنه عائشةَ رضي الله عنها وهي بنتُ سِتِّ سِنينَ من رسولِ اللَّه ﷺ وتزَوّجها رسولُ اللَّه ﷺ[١] .

وزَوّجَ عَليٌّ ابنَتَه أُمَّ كُلْثومَ وهي صَغيرةٌ من عمرَ بنِ الخطَّاب رضي الله عنه، وزَوّجَ عبدُاللَّه بنُ عمرَ ابنَتَه وهي صَغيرةٌ عُرْوةَ بنَ الزُّبَيْرِ، رضي الله عنهم، وبه تَبَيّنَ أنّ قولَهما خرج مُخالِفًا لإجماعِ الصّحابةِ وكان مردودًا.

وأمّا قولُهما: «إنّ حكمَ النّكاحِ بَقيَ بعدَ البُلوغِ» فنَعَم. [و][٢] لكنْ بالإنْكاحِ السّابِقِ لا بإنْكاحٍ مُبْتَدَإٍ[٣] بعدَ البُلوغِ، وهذا جائزٌ كما في البيْعِ فإنّ لهما ولايةَ بَيْعِ مالِ الصّغيرِ، وإنْ كان حكمُ البيْعِ - وهو المِلْكُ - يبقى بعدَ البُلوغِ لما قلنا كذا هذا، وللأبِ ولايةُ قبضِ صَداقِ ابنَتِه البِكْرِ صَغيرةً كانتْ أو بالِغةً، ويَبْرأُ الزّوْجُ بقبضِه.

امّا الصّغيرةُ: فلا شَكَّ فيه؛ لأنّ له ولايةَ التّصرُّفِ في مالِها.

وامّا البالِغةُ: فلأنّها تستَحي من المُطالَبةِ به بنفسِها كما تستَحي عن التّكَلُّمِ بالنّكاحِ؛ فجُعِلَ سُكوتُها رِضًا بقبضِ الأبِ كما جُعِلَ رِضًا بالنّكاحِ؛ ولأنّ الظّاهرَ أنّها ترضَى بقبضِ الأبِ لأنّه يقبِضُ مَهْرَها فيَضُمُّ[٤] إليه أمثالَه فيُجَهِّزُها به، هذا هو الظّاهرُ فكان مأذونًا بالقبضِ من جِهَتها دَلالةً، حتّى لو نَهَتْه عن القبضِ لا يتمَلَّكُ القبضَ ولا يَبْرأُ الزّوْجُ.

وكذا الجدُّ يقومُ مَقامه عندَ عَدَمِه وإنْ كانتِ [ابنَتُه][٥] عاقِلةً وهي ثَيِّبٌ فالقبضُ إليها لا إلى الأبِ ويَبْرأُ الزّوْجُ بدفْعِه إليها، ولا يَبْرأُ بالدّفْعِ إلى الأبِ، وما سِوَى الأبِ والجدِّ من الأولياءِ ليس[٦] لهم ولايةُ القبضِ سَواءً كانتْ صَغيرةً أو كبيرةً إلاّ إذا كان الوَليّ وهو الوَصيّ فلَه حَقُّ القبضِ إذا كانتْ صَغيرةً كما يقبِضُ سائرَ دُيونِها، وليس للوَصيِّ حَقُّ القبضِ إلاّ إذا كانتْ صَغيرةً.

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب: إنكاح الرجل ولده الصغار، حديث (٥١٣٣) ومسلم، كتاب النكاح، باب: تزويج الأب البكر الصغيرة، حديث (١٤٢٢)، وأبو داود، حديث (٢١٢١)، والنسائي، حديث (٣٢٥٥)، عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين وأُدخلت عليه وهي بنت تسع ومكثت عنده تسعًا. لفظ البخاري.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «منشأ».
(٤) في المخطوط: «ليضم».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «ليست».

وإذا ضَمِنَ الوَليُّ المهْرَ صَحَّ ضَمانُه لأنّ حُقوقَ العقدِ لا تَتَعَلَّقُ به فصار كالأجنبيِّ [بخلافِ الوَكيلِ بالبيْعِ إذا ضَمِنَ عن المشتَري الثّمَنَ] (١) . وللمرأةِ الخيارُ في مُطالَبةِ زَوْجِها أو وليِّها لوُجودِ ثُبوتِ سببِ حَقِّ المُطالَبةِ من كُلِّ واحِدٍ منهما وهو العقدُ من الزّوْج والضّمانُ من الوَليِّ، ولا خلافَ بين أصحابِنا في أنّ لغيرِ الأبِ والجدِّ من العصَباتِ ولايةَ الإنْكاحِ، والأقربُ فالأقربُ على ترتيبِ العصَباتِ في الميراثِ واختلفوا في غيرِ العصَباتِ.

قال أبو يوسفَ ومحمّدٌ: لا يجوزُ إنْكاحُه حتّى لم يتوارَثا بذلك النِّكاحِ ويَقِفُ على إجازةِ العصَبةِ.

وعن أبي حنيفةَ فيه روايتانِ وهذا يرجعُ إلى ما ذكرنا أنّ عُصُوبةَ الوَليِّ، هل هي شرطٌ لثُبوتِ الولايةِ مع اتِّفاقِهم على أنّها شرطُ التّقدمِ (٢)؟ فعندَهما هي شرطُ ثُبوتِ أصلِ الولايةِ وهي روايةُ الحسَنِ عن أبي حنيفةَ فإنّه رَوَى عنه أنّه قال: لا يُزَوِّجُ الصّغيرةَ إلاّ [٢/ ٨ب] العصَبةُ. ورَوَى أبو يوسفَ ومحمّدٌ عن أبي حنيفةَ أنّها ليستْ بشرطٍ لثُبوتِ أصلِ الولايةِ، وإنّما هي شرطُ التّقدُّمِ على قرابةِ الرّحِمِ حتّى إنّه إذا كان هناك عَصَبةٌ لا تَثْبُتُ لغيرِ العصَبةِ ولايةُ الإنْكاحِ وإنْ لم يكنْ ثَمَّةَ عَصَبةٍ فلِغيرِ العصَبةِ من القراباتِ من الرِّجالِ والنِّساءِ نحوَ الأمِّ والأختِ والخالةِ ولايةُ التّزْويجِ، الأقربُ فالأقربُ إذا كان المُزَوِّجُ مِمَّنْ يَرِثُ المُزَوَّجَ وهو الرِّوايةُ المشهورةُ عن أبي حنيفةَ.

(وجه قولِهما): ما رُوِيَ عن عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال: النِّكاحُ إلى العصَباتِ (٣)، فوّضَ كُلَّ نِكاحٍ إلى كُلِّ عَصَبةٍ؛ لأنّه قابَلَ الجِنْسَ بالجِنْسِ أو بالجمعِ فيقتضي مُقابَلةَ الفردِ بالفردِ؛ ولأنّ الأصلَ في الولايةِ هم العصَباتُ فإنْ [كان] (٤) الرّأيُ وتَدْبيرُ القبيلةِ وصيانَتُها عَمّا يوجِبُ العارَ والشّينَ إليهم فكانوا هم الذينَ يحرُزونَ عن ذلك بالنّظَرِ والتّأمُّلِ في أمرِ النِّكاحِ فكانوا هم المُحِقِّينَ (٥) بالولايةِ ولِهذا كانتْ قرابةُ التّعصيبِ مُقَدَّمةً على قرابةِ الرّحِمِ بالإجماعِ.

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المطبوع: «التقديم».
(٣) أورده ابن حجر في «الدراية»، (٢/ ٦٢)، وقال: لم أجده.
(٤) ليست في المخطوط. (٥) في المخطوط: «المختصين».

ولأبي حنيفةَ: عُمومُ قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ وَٱلصَّٰلِحِينَ﴾ [النور:٣٢] من غيرِ فصلٍ بين العصَباتِ وغيرِهم فتَثْبُتُ ولايةُ الإنْكاحِ على العُمومِ إلاَّ مَنْ خُصّ بدليلٍ؛ ولأنّ سببَ ثُبوتِ الولايةِ هو مُطْلَقُ القرابةِ وذاتُها لما بَيّنّا أنّ القرابةَ حامِلةٌ على الشّفَقةِ في حَقّ القريبِ داعيةٌ إليها، وقد وُجِدَ ههنا فوُجِدَ السّببُ ووُجِدَ شرطُ الثُّبوتِ أيضًا، وهو عَجْزُ المولّى عليه عن المُباشَرةِ بنفسِه، وإنّما العُصُوبةُ وقربُ القرابةِ شرطُ التّقدُّمِ لا شرطُ ثُبوتِ أصلِ الولايةِ فلا جَرم العُصْبةُ تَتقدَّمُ على ذي الرّحِمِ، والأقرَبُ من [غيرِ] [١] العصَبةِ يتقدَّمُ على الأبعَدِ ولأنّ ولايةَ الإنْكاحِ مُرتَّبةٌ على استحقاقِ الميراثِ لاتّحادِ سببِ ثُبوتِها - وهو القرابةُ - فكُلُّ مَنِ استَحَقَّ من الميراثِ استَحَقَّ الولايةَ.

ألا ترى أنّ الأبَ إذا كان عبدًا لا ولايةَ له لأنّ العبدَ لا يَرِثُ أحدًا وكذا إذا كان كافرًا والمولّى عليه مسلمٌ، لا ولايةَ له لأنّه لا يَرِثُه.

وكذا إذا كان مسلمًا والمولّى عليه كافرٌ، لا ولايةَ له؛ لأنّه لا ميراثَ له منه، فثبت أنّ الولايةَ تَدورُ مع استحقاقِ الميراثِ، فثبت لكُلِّ قَريبٍ يَرِثُ يُزَوِّجُ [٢] ولا يلزَمُ على هذه القاعِدةِ المولى أنّه [٣]، يُزَوِّجُ ولا يَرِثُ.

وكذا الإمامُ يُزَوِّجُ ولا يَرِثُ؛ لأنّ هذا عَكْسُ العِلّةِ لأنّ طَرْدَ ما قلنا: إنّ كُلَّ مَنْ يَرِثُ يُزَوِّجُ وهذا مُطَّرِدٌ على أصلِ أبي حنيفةَ، وعَكْسُه أنّ كُلَّ مَنْ لا يَرِثُ لا يُزَوِّجُ، والشّرطُ في العِلَلِ الشّرعيّةِ الاطّرادُ دونَ الانعِكاسِ لجوازِ إثباتِ الحكمِ الشّرعيِّ بعِلَلٍ، ثمّ نقول: ما قلناه مُنْعَكِسٌ أيضًا ألا ترى أنّ للمولى الوَلاءُ في مَمْلوكِه وهو نوعُ إرثٍ.

وأمّا الإمامُ: فهو نائبٌ عن جَماعةِ [٤] المسلمينَ وهم يَرِثونَ مَنْ لا وليّ له من جِهةِ المِلْكِ والقرابةِ والوَلاءِ، ألا ترى أنّ ميراثَه لبيتِ المالِ وبيتُ المالِ مالُهم فكانتِ الولايةُ في الحقيقةِ لهم، وإنّما الإمامُ نائبٌ عنهم فيتزَوّجونَ ويَرِثونَ أيضًا، فاطّرَدَ هذا الأصلُ وانعَكَسَ بحَمْدِ اللّه تعالى.

وأمّا قولُ عَليٍّ رضي الله عنه: النّكاحُ إلى العصَباتِ [٥]، فالمُرادُ منه حالَ وُجودِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «المزوج».
(٣) في المخطوط: «له أن».
(٤) في المخطوط: «جملة».
(٥) سبق تخريجه.

العصَبةِ [لاستِحالةِ تفويضِ النّكاحِ إلى العصَبةِ ولا عَصَبةَ ونحنُ به نقول إنّ النّكاحَ إلى العصَباتِ حالَ وُجودِ العصَبةِ] (١) ولا كلامَ فيه - واللهُ أعلَمُ -.

فصل [الذي يرجع إلى المولى عليه]

وأمّا الذي يرجعُ إلى المولّى عليه فنقول: الولايةُ بالنِّسبةِ إلى المولّى عليه نوعانِ:

ولايةُ حَتْمٍ وإيجابٍ.

وولايةُ نَدْبٍ واستحبابٍ.

وهذا على أصلِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ. الأوّلِ، وأمّا على أصلِ محمّدٍ فهي نوعانِ أيضًا: ولايةُ استِبْدادٍ، وولايةُ شَركةٍ، وهي قولُ أبي يوسفَ الآخَرُ. وكذا لُقولُ الشّافعيِّ، إلاّ أنّ بينهما اختِلافٌ في كيفيّةِ الشّركةِ على ما نذكرُ - إنْ شاء اللّه -.

وأمّا ولايةُ الحتْمِ والإيجاب والاستِبْدادِ فشرطُ ثُبوتِها على أصلِ أصحابِنا كونُ المولّى عليه صَغيرًا أو صَغيرةً أو مجنونًا كبيرًا أو مجنونةً كبيرةً سَواءً كانتِ الصّغيرةُ بكْرًا أو ثيِّبًا فلا تَثْبُتُ هذه الولايةُ على البالِغِ العاقِلِ ولا على العاقِلةِ البالِغةِ(٢).

وعلى أصلِ الشّافعيِّ: شرطُ ثُبوتِ ولايةِ الاستِبْدادِ في الغُلامِ هو الصِّغَرُ وفي الجاريةِ البكارةُ، سَواءً كانتْ صَغيرةً أو بالِغةً(٣) فلا تَثْبُتُ هذه الولايةُ عندَه على الثّيِّبِ سَواءً كانتْ بالِغةً أو صَغيرةً.

والأصلُ أنّ هذه الولايةَ على أصلِ أصحابِنا تَدورُ مع الصِّغَرِ وُجودًا وعَدَمًا في الصّغيرِ والصّغيرةِ [جميعًا]، وعندَه في الصّغيرِ كذلك، أمّا في الصّغيرةِ فإنّها تَدورُ مع البكارةِ وُجودًا وعَدَمًا، وفي الكبيرِ والكبيرةِ تَدورُ مع الجُنونِ وُجودًا وعَدَمًا سَواءً كان

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٤٨٠/ ٢)، مختصر الطحاوى ص ١٦٩، المبسوط (٤/ ٢١٩)، شرح فتح القدير (٣/ ٢٧٤)، البناية في شرح الهداية (٤/ ٥٩٧).

(٣) مذهب الشافعية: أن من أسباب الولاية الأبوة، والجدودة في معناها في حالة عدم الأب، منصب الإجبار في حالة البكارة للصغيرة والبالغة، وفي البنين في الصغر دون الكبر، انظر: الهداية (٢/ ٤٨٠)، الحاوي الكبير (١١/ ٩٦)، الوسيط في المذهب (٥/ ٦٣ - ٦٧)، روضة الطالبين (٦/ ٥٣ - ٥٩).

[الجُنونُ] [١] أصليًا بأنْ بَلَغَ مجنونًا أو عارِضًا بأنْ طَرأ بعدَ البُلوغِ عندَنا .

وقال زُفَرُ : إذا طَرأ الجُنونُ لم يَجز [٢/ ٩أ] للمولى التزويجُ . وعلى هذا يُبْتَنى أنّ الأبَ والجدَّ لا يملِكانِ إنْكاحَ البِكْرِ البالِغةِ بغيرِ رِضاها [عندَنا[٢]] .

وقال الشافعي: يملِكانِه[٣] . ولا خلافَ في أنّهما لا يملِكانِ إنْكاحَ الثّيِّبِ البالِغةِ بغيرِ رِضاها] [٤] .

(وجه قوله): أنّ البِكْرَ وإنْ كانتْ عاقِلةً بالِغةً فلا تَعلَمُ بمَصالِحِ النِّكاحِ ؛ لأنّ العلمَ بها يَقِفُ على التّجْرِبةِ والمُمارَسةِ ، وذلك بالثِّيابةِ ، ولم توجَدْ ، فالتَحقَتْ بالبِكْرِ الصّغيرةِ ، فبَقيَتْ ولايةُ الاستِبْدادِ عليها ؛ ولِهذا مَلَكَ الأبُ قبضَ صَداقِها من غيرِ رِضاها بخلافِ الثّيِّبِ البالِغةِ ؛ لأنّها علِمَتْ بمَصالِحِ النِّكاحِ ، بِالمُمارَسةِ ومُصاحَبةِ الرِّجالِ فانقَطَعَتْ ولايةُ الاستِبْدادِ عنها .

(ولنا): أنَّ الثّيِّبَ البالِغةَ لا تُزَوّجُ إلاَّ برِضاها ، فكذا البِكْرُ البالِغةُ ، والجامعُ بينهما وجهانِ :

أحدُهما: طَريقُ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ الأوّلُ .

والثّاني: طَريقُ محمّدٍ وأبي يوسفَ الآخَرُ .

أمّا طَريقُ أبي حنيفةَ : فهو أنّ ولايةَ الحتْمِ والإيجاب في حالةِ الصِّغَرِ إنّما تَثْبُتُ بطَريقِ النِّيابةِ عن الصّغيرةِ لعَجْزِها عن التّصَرُّفِ على وجه النّظَرِ والمصْلَحةِ بنفسِها ، وبِالبُلوغِ والعقلِ [٥] زالَ العجْزُ وثبتتِ القُدْرةُ حقيقةً ؛ ولِهذا صارتْ من أهلِ الخطابِ في أحكامِ الشّرعِ ، إلاَّ أنّها مع قُدْرَتِها حقيقةً عاجِزةٌ عن مُباشَرةِ النّكاحِ عَجزَ نَدْبٍ واستحبابٍ ؛ لأنّها

---

(١) ليست في المخطوط .
(٢) انظر في مذهب الحنفية : الهداية (٢/ ٤٧٦) ، مختصر الطحاوى (ص١٧٢) ، المبسوط (٢/ ٢ ، ٣) ، رءوس المسائل (ص٣٧١) ، فتح القدير (٣/ ٢٦٠) ، البناية في شرح الهداية (٤/ ٥٨٤ ، ٥٨٥) .
(٣) مذهب الشافعية : أن الأب والجد لهما إجبار البنت البكر البالغ على النكاح ، انظر : الأم (٥/ ١٧) ، الحاوي الكبير (١١ ، ٧٦ ، ٧٧) ، الوسيط في المذهب (٥/ ٦٣) ، روضة الطالبين (٧/ ٥٣ ، ٥٤) .
(٤) ليست في المخطوط .
(٥) في المخطوط : «عن عقل» .

تحتاجُ إلى الخروجِ إلى مَحافِلِ الرِّجالِ، والمرأةُ مُخَدَّرةٌ مستورةٌ، والخروجُ إلى محفِلِ [١] الرِّجالِ من النِّساءِ عَيْبٌ في العادةِ، فكان عَجْزُها عَجْزَ نَدْبٍ واستحبابٍ لا حقيقةٍ، فثبتتِ الولايةُ عليها على حَسَبِ العجْزِ - وهي ولايةُ نَدْبٍ واستحبابٍ، لا ولايةَ حَتْمٍ وإيجابٍ - إثباتًا للحكمِ على قدرِ العِلَّةِ.

وأمّا طَريقُ محمّدٍ: فهو أنّ الثّابِتَ بعدَ البُلوغِ ولايةُ الشّرِكةِ لا ولايةُ الاستِبْدادِ، فلا بُدَّ من الرِّضا كما في الثّيِّبِ البالِغةِ على ما نذكرُه - إنْ شاء اللّه تعالى - في مسألةِ النِّكاحِ بغيرِ وليٍّ، وإنّما مَلَكَ الأبُ قبضَ صَداقِها؛ لوُجودِ الرِّضا بذلك منها دَلالةً؛ لأنّ العادةَ أنّ الأبَ يَضُمُّ إلى الصّداقِ من خالِصِ مالِه ويُجَهِّزُ بنتَه البِكْرَ حتّى لو نَهَتْه عن القبضِ لا يملِكُ، بخلافِ الثّيِّبِ، فإنّ [٢] العادةَ ما جَرَتْ بتكرارِ الجِهازِ.

وإذا كان الرِّضا في نِكاحِ [٣] البالِغةِ شرطَ الجوازِ، فإذا زوِّجَتْ بغيرِ إذنِها توقَّفَ التّزْوِيجُ على رِضاها، فإنْ رَضِيَتْ جاز وإنْ رَدَّتْ بَطَلَ، ثمّ إنْ كانتْ ثَيِّبًا فرِضاها يُعرَفُ بالقولِ تارةً، وبِالفعلِ أُخرى.

أمّا القولُ: فهو التّنْصيصُ على الرِّضا وما يَجْري مجراه نحوَ أنْ تقولَ: رَضيت أو أجَزْت ونحوَ ذلك.

والأصلُ فيه قولُه ﷺ: «**الثّيِّبُ تُشاوَرُ**»[٤].

وقولُه ﷺ «**الثّيِّبُ يُعرِبُ عنها لسانُها**»[٥].

---

(١) في المخطوط: «محافل». (٢) في المخطوط: «لأن».

(٣) في المخطوط: «إنكاح».

(٤) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ١٩٥): غريب بهذا اللفظ، وقال الحافظ في الدراية (٢/ ٦٢)، حديث (٥٤٤): لم أره بهذا اللفظ. قلت: ثبت الحديث بلفظ: «الثيب أحق بنفسها...»، رواه مسلم، كتاب النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق...، حديث (١٤٢١)، وأبو داود، حديث (٢٠٩٨)، والنسائي، حديث (٣٢٦٤)، عن ابن عباس.

(٥) ذكره الألباني في الصحيحة (١٤٥٩)، وصححه بهذا اللفظ، ورواه ابن ماجه، كتاب النكاح، باب: استئمار البكر والثيب، حديث (١٨٧٢)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٢٣)، حديث (١٣٤٨٣)، والطبراني في الكبير (١٧/ ١٠٨)، حديث (٢٦٤)، عن عدي بن عميرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الثيب تُعرب عن نفسها...»، وصححه الألباني في صحيح الجامع (٣٠٨٤).

وقولُه ﷺ: «تُستَأمرُ النّساءُ في أبضاعِهِنّ»(١).

وقولُه ﷺ: «لا تُنكَحُ اليتيمةُ حتّى تُستأمَرَ»(٢) والمُرادُ منه: البالِغةُ.

وأمّا الفعلُ: فنحوُ التّمكينِ من نفسِها والمُطالَبةِ بالمهْرِ والنّفَقةِ ونحوِ ذلك لأنّ ذلك؛ دليلُ الرِّضا، والرِّضا يَثْبُتُ بالنّصّ مرّةً وبِالدّليلِ(٣) أُخرى.

والأصلُ فيه ما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال لبَريرةَ: «إنْ وطِئَك زَوْجُك فلا خيارَ لَك»(٤) وإنْ كانتْ بكْرًا فإنّ رِضاها يُعرَفُ بهذَيْنِ الطّريقينَ، وبِثالثٍ وهو السّكوتُ، وهذا إستحسانٌ.

والقياسُ: أنْ لا يكونَ سُكوتُها رِضًا.

(وجه القياسِ) أنّ السّكوتَ يحتَمِلُ الرِّضا ويحتَمِلُ السّخَطَ، فلا يصلُحُ دليلُ الرِّضا مع الشّكِّ والاحتِمالِ؛ ولِهذا لم يُجْعَلْ دليلاً إذا كان المُزوِّجُ أجنبيًّا أو وليًّا غيرَه أولى منه.

(ولَنا): ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «تُستَأمرُ النّساءُ في أبضاعِهِنّ»(٥) فقالتْ

---

(١) رواه بهذا اللفظ ابن حبان في صحيحه (٩/ ٣٩٣)، حديث (٤٠٨١)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٢٣)، حديث (١٣٤٨٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٤٥٨)، حديث (٧)، عن عائشة رضي الله عنها، وصححه الألباني في صحيح الجامع (٩٣٠)، ورواه البخاري في كتاب الإكراه، باب: لا يجوز نكاح المكره، حديث (٦٩٤٦)، عن عائشة رضي الله عنها قالت: قلت: يا رسول الله يستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال: «نعم». ورواه مسلم في كتاب النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق... (١٤٢٠) عن عائشة رضي الله عنها أنها سألت رسول الله عن الجارية ينكحها أهلها، أتستأمر أم لا؟ فقال ﷺ: «نعم تستأمر...».

(٢) تقدم في أول كتاب النكاح.

(٣) في المخطوط: «بالدلالة».

(٤) رواه الدارقطني في سننه (٣/ ٢٩٤)، حديث (١٨٥)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٢٢٥)، حديث (١٤٠٦٢)، بلفظ: «إن وطئك فلا خيار لك» عن عائشة رضي الله عنها، وسنده حسن. ورواه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب: حتى متى يكون لها الخيار، حديث (٢٢٣٦)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٢٢٥)، حديث (١٤٠٦١) عن عائشة رضي الله عنها، والدارقطني (٣/ ٢٩٤)، حديث (١٨٥)، عن مجاهد، كلاهما بلفظ: «إن قربك فلا خيار لك». وقال ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٢/ ٢٠٠)، حديث (١٩٨٧): رواه أبو داود من رواية عائشة بإسناد فيه عنعنة ابن إسحاق، قلت: وضعف الحديث الألباني في الإرواء، حديث (١٩٠٨)، وفي ضعيف الجامع (١٢٩٥)، وقال ابن حجر في الفتح (٩/ ٤١٣): وروى مالك بسند صحيح عن حفصة أنها أفتت بذلك، وأخرج سعيد بن منصور عن ابن عمر مثله: قال ابن عبد البر: لا أعلم لهما مخالفًا من الصحابة. وانظر نيل الأوطار (٦/ ٢٩٥).

(٥) تقدم قريبًا.

عائشةُ رضي الله عنها: إنّ البِكْرَ تستَحي يا رسولَ اللّه، فقال ﷺ: «إذنُها صُماتُها»[١] ورُوِيَ: «سُكوتُها رِضاها»[٢] ورُوِيَ: «سُكوتُها إقرارُها»[٣] وكُلُّ ذلك نَصٌّ في البابِ. ورُوِيَ: «البِكْرُ تُستَأمرُ في نفسِها فإنْ سَكَتَتْ فقد رَضِيَتْ»[٤] وهذا أيضًا نَصٌّ؛ ولأنّ البِكْرَ تستَحي عن النُّطْقِ بالإذنِ في النِّكاحِ لما فيه من إظهارِ رَغْبَتِها في الرِّجالِ فتُنْسَبُ إلى الوَقاحةِ، فلو لم يُجْعَلْ سُكوتُها إذنًا ورِضًا بالنِّكاحِ دَلالةً، وشُرِطَ استنطاقُها وأنّها لا تنطِقُ عادةً، لَفاتَتْ عليها مَصالِحُ النِّكاحِ مع حاجَتِها إلى ذلك. وهذا لا يجوزُ.

وقوله: «السّكوتُ يحتَمِلُ»[٥] مُسَلَّمٌ لكنْ تَرَجَّحَ جانِبُ الرِّضا على جانِبِ السَّخَطِ؛ لأنّها لو لم تَكُنْ راضيةً لَرَدَّتْ؛ لأنّها إنْ كانتْ تستَحي عن الإذنِ فلا تستَحي عن الرّدِّ، فلَمَّا سَكَتَتْ ولم تَرُدَّ دَلَّ أنّها راضيةٌ، بخلافِ ما إذا زَوّجَها أجنَبيٌّ أو وليٌّ غيرُه أولى منه؛ لأنّ هناك ازْدادَ احتِمالُ السَّخَطِ؛ لأنّها يُحْتَمَلُ أنّها سَكَتَتْ عن جوابه مع أنّها قادِرةٌ على الرّدِّ تحقيرًا [٢/ ٩ب] له وعَدَمَ المُبالاةِ بكَلامِه، وهذا أمرٌ معلومٌ بالعادةِ، فبَطَلَ رُجْحانُ دليلِ الرِّضا؛ ولأنّها إنّما تستَحي من الأولياءِ لا من الأجانِبِ، والأبعَدُ عندَ قيامِ الأقرَبِ وحُضورِه أجنَبيٌّ فكانتْ في حَقِّ الأجانِبِ كالثّيِّبِ؛ فلا بُدَّ من فعلٍ أو قولٍ يَدُلُّ عليه، ولأنّ

---

(١) رواه البخاري، كتاب الحيل، باب: في النكاح، حديث (٦٩٧١) عن عائشة رضي الله عنها، ورواه مسلم، كتاب النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، حديث (١٤٢١)، وأبو داود، حديث (٢٠٩٨)، والترمذي، حديث (١١٠٨)، والنسائي، حديث (٣٢٦٠)، كلهم عن ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ: «الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صماتها».

(٢) رواه أحمد في مسنده، حديث (٧٠٩١)، وسعيد بن منصور في سننه (ص١٨١)، حديث (٥٥٤)، عن أبي هريرة رضي الله عنه، ورواه أبو عوانة في مسنده (٣/ ٧٦)، حديث (٤٢٥٣)، والطبراني في الكبير (١٠/ ٣٠٧)، حديث (١٠٧٤٣)، عن ابن عباس بلفظ: «رضاها سكوتها».

(٣) رواه أبو يعلى في مسنده (٨/ ٢٩٧)، حديث (٤٨٩٠)، وابن حبان في صحيحه (٩/ ٣٩٣)، حديث (٤٠٨٠) عن عائشة رضي الله عنها، ورواه أبو داود في كتاب النكاح، باب: في الاستئمار، حديث (٢٠٩٣)، بلفظ: «سُكاتها إقرارها»، وقال الألباني: شاذ، قلت: واللفظ الصحيح: «وصمتها إقرارها».

(٤) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ١٩٤): حديث غريب بهذا اللفظ، وقال ابن حجر في الدراية (٢/ ٦٢): لم أره بهذا اللفظ، قلت: وقد ثبت الحديث بلفظ: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن...» رواه البخاري، كتاب النكاح، باب: لا يُنكِح الأب ولا غيره البكر والثيب إلا برضاهما، حديث (٥١٣٦)، ومسلم، كتاب النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، حديث (١٤١٦).

(٥) في المخطوط: «محتمل».

الْمُزَوِّجَ إذا كان أجنبيًا، وإذا كان الوَليُّ الأبعَدَ، كان (جوازُ النِّكاحِ) (١) من طَريقِ الوَكالةِ لا من طَريقِ الولايةِ؛ لانعِدامِها، والوَكالةُ لا تَثْبُتُ إلاَّ بالقولِ، وإذا كان وليًّا، فالجوازُ بطَريقِ الولايةِ فلا يُفْتقَرُ إلى القولِ، ولو بَلَغَها النِّكاحُ فضَحِكَتْ كان إجازةً؛ لأنّ الإنسانَ إنّما يَضْحَكُ مِمَّا يسُرُّه، فكان دليلَ الرِّضا، ولو بَكَتْ رُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه يكونُ [رضًا] (٢) إجازةً، ورُوِيَ عنه روايةٌ أُخرى أنّه لا يكونُ إجازةً بل يكونُ رَدًّا وهو قولُ محمّدٍ.

(وجه الرِّوايةِ الأُولى): أنّ البُكاءَ قد يكونُ للحُزْنِ وقد يكونُ لشِدَّةِ الفرَحِ فلا يُجْعَلُ رَدًّا ولا إجازةً للتَّعارُضِ فصار كأنّها سَكَتَتْ فكان رِضًا.

(وجه الرِّوايةِ الأُخرى وهو قولُ محمّدٍ): أنّ البُكاءَ لا يكونُ إلاَّ من (٣) حُزْنٍ عادةً، فكان دليلَ السّخَطِ والكراهةِ لا دليلَ الإذنِ والإجازةِ. ولو زَوّجها وليّانِ كُلٌّ [واحدٍ] منهما رجلاً فبَلَغَها ذلك فإنْ أجازتْ أحدَ العقدَيْنِ جاز الذي أجازتْه وبَطَلَ الآخَرُ، وإنْ أجازتْهما بَطَلا؛ لأنّ الإجازةَ منها بمنزلةِ الإنْشاءِ كأنّها تَزَوّجَتْ بزَوْجَيْنِ، وذلك باطِلٌ، كذا هذا.

وإنْ سَكَتَتْ، رُوِيَ عن محمّدٍ أنّ ذلك لا يكونُ رَدًّا ولا إجازةً حتّى تُجيزَ أحدَهما بالقولِ، أو بفعلٍ يَدُلُّ على الإجازةِ. ورُوِيَ عنه روايةٌ أُخرى أنّها إذا سَكَتَتْ بَطَلَ العقدانِ جميعًا.

(وجه هذه الرِّوايةِ): أنّ السّكوتَ من البِكْرِ كالإجازةِ فكَأنّها أجازتِ العقدَيْنِ جميعًا.

(وجه الرِّوايةِ الأُخرى) أنّ هذا السّكوتَ لا يُمْكِنُ أنْ يُجْعَلَ إجازةً؛ لأنّه لو جُعِلَ إجازةً فإمَّا أنْ يُجعَلَ إجازةً للعَقْدَيْنِ جميعًا، وإمَّا أنْ يُجْعَلَ إجازةً لأحدِهما.

لا سبيلَ إلى الأوّلِ؛ لأنّ إنْشاء العقدَيْنِ جميعًا مُمْتَنِعٌ، فامتَنَعَتْ إجازتُهما.

ولا سبيلَ إلى الثّاني؛ لأنّه ليس أحدُ العقدَيْنِ بأولى بالإجازةِ من الآخَرِ، فالتَحَقَ السّكوتُ بالعدَمِ، ووَقَفَ الأمرُ على الإجازةِ بقولٍ أو بفعلٍ يَدُلُّ على (الإجازةِ لأحدِهما) (٤)، وكذلك إذا استُؤْمِرَتِ البِكْرُ فسَكَتَتْ في الابتِداءِ فهو إذنٌ إذا كان المُستَأذِنُ

---

(١) في المخطوط: «جوازًا للنكاح».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «عن».
(٤) في المخطوط: «إجازة أحدهما».

وليًّا؛ لما ذكرنا؛ ولِما رُوِيَ عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه كان إذا خُطِبت [(١)] إحدى بَناتِه دَنا من خِدْرِها وقال: «إنّ فُلانًا يذكرُ فُلانةَ ثمّ يُزَوِّجُها» [(٢)].

فدَلَّ أنّ السّكوتَ عندَ استِئْمارِ الوَلِيِّ إذنٌ دَلالةً.

وقالوا في الوَلِيِّ إذا قال للبِكْرِ: إنّي أُريدُ أنْ أُزَوِّجَك فُلانًا، فقالتْ: غيرُه أولى منه لم يكنْ ذلك إذنًا، ولو زَوّجَها ثمّ أخبرها، فقالتْ: قد كان غيرُه أولى منه كان إجازةً؛ لأنّ قولَها في الفصلِ الأوّلِ إظهارُ عَدَمِ الرِّضا بالتّزْوِيجِ من فُلانٍ، وقولَها في الفصلِ الثّاني قَبولٌ أو سُكوتٌ عن الرّدِّ، وسُكوتُ البِكْرِ عن الرّدِّ يكونُ رِضًا، ولو قال الوَلِيُّ: أُريدُ أنْ أُزَوِّجَكِ من رجلٍ ولم يُسَمِّه، فسَكَتَتْ، لم يكنْ رِضًا، كذا رُوِيَ عن محمّدٍ؛ لأنّ الرِّضا بالشّيءِ بدونِ العلمِ به لا يتحَقَّقُ.

ولو قال: أُزَوِّجُكِ فُلانًا أو فُلانًا حتّى عَدَّ جَماعةً فسَكَتَتْ فمن أيِّهم زَوّجَها جاز، ولو سَمَّى لها الجماعةَ مُجَمّلاً بأنْ قال: أُريدُ أنْ أُزَوِّجَك من جيراني أو من بَني عَمِّي، فسَكَتَتْ، فإنْ كانوا يُحْصونَ فهو رِضًا، وإنْ كانوا لا يُحْصونَ لم يكنْ رِضًا؛ لأنّهم إذا كانوا يُحْصونَ يُعلَمونَ فيتعلّقُ الرِّضا بهم، وإذا لم يُحْصوا لم يُعلَموا فلا يُتَصَوّرُ الرِّضا؛ [لأنّ الرِّضا] [(٣)] بغيرِ المعلومِ [مُحالٌ] [(٤)] - واللَّه تعالى الموَفِّقُ -.

وذُكِرَ في «الفتاوَى» أنّ الوَلِيّ إذا سَمَّى الزّوْجَ ولم يُسَمِّ المهْرَ أنّه كم هو؟، فسَكَتَتْ فسُكوتُها لا يكونُ رِضًا؛ لأنّ تَمامَ الرِّضا لا يَثْبُتُ إلاّ بذِكْرِ الزّوْجِ والمهْرِ، ثمّ الإجازةُ من طَريقِ الدّلالةِ لا تَثْبُتُ إلاّ بعدَ العلمِ بالنّكاحِ؛ لأنّ الرِّضا بالنّكاحِ قبلَ العلمِ به لا يُتَصَوّرُ.

وإذا زَوّجَ الثّيِّبَ البالِغةَ وليٌّ، فقالتْ: لم أرضَ ولم آذَنْ. وقال الزّوْجُ: قد أذِنَتْ،

---

(١) في المطبوع: «خطب».

(٢) رواه سعيد بن منصور في سننه، ص (١٨٦)، حديث (٥٧٧)، وعبد الرزاق في مصنفه (٦/ ١٤١)، حديث (١٠٢٧٧)، عن المهاجر بن عكرمة. والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٢٣)، حديث (١٣٤٨٥) عن ابن عباس وأبي هريرة وعكرمة، وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ٢٧٧ - ٢٧٨) عن حديث عائشة: رواه أحمد وأبو يعلى وفيه أيوب بن عتبة وهو ضعيف وقد وثق، وقال عن حديث أبي هريرة: رواه البزار ورجاله ثقات. وقال عن حديث ابن عباس: رواه الطبراني وفيه يحيى بن عبد الحميد الحماني وقد وثق وفيه ضعف. قلت: وانظر السلسلة الصحيحة (٦/ ١١٦٨)، حديث (٢٩٧٣).

(٣) ليست في المخطوط. (٤) ليست في المخطوط.

فالقولُ قولُ المرأةِ؛ لأنّ الزّوْجَ يَدَّعي عليها حُدوثَ أمرٍ لم يكنْ - وهو الإذنُ والرِّضا - وهي تُنْكِرُ، فكان القولُ قولُها.

وأمَّا البِكْرُ إذا تَزَوّجَتْ فقال الزّوْجُ: بَلَغَكِ العقدُ، فسَكَتّ فقالتْ: رَدَدْت، فالقولُ قولُها عندَ أصحابِنا الثّلاثةِ. وقال زُفَرُ: القولُ قولُ الزّوْجِ.

(وجه قولِه): أنّ المرأةَ تَدَّعي أمرًا حادِثًا وهو الرّدُّ والزّوْجُ يُنْكِرُ [القولَ] [1] فكان القولُ قولُ المُنْكِرِ.

(ولَنَا): أنّ المرأةَ وإنْ كانتْ مُدَّعيةً ظاهرًا فهي مُنْكِرةٌ في [٢/ ١٠أ] الحقيقةِ؛ لأنّ الزّوْجَ يَدَّعي عليها جوازَ العقدِ بالسّكوتِ وهي تُنْكِرُ، فكان القولُ قولَها، كالمودَعِ إذا قال: رَدَدْت الوَديعةَ كان القولُ قولُه، وإنْ كان مُدَّعيًا (لرَدٍّ ظاهرٍ) [2] لكونِه مُنْكِرًا للضَّمانِ حقيقةً كذا هذا [3].

ثمّ في هَذَيْنِ الفصلينِ لا يمينَ عليها في قولِ أبي حنيفةَ، وفي قولِهِما عليها اليمينُ، وهو الخلافُ المعروفُ أنّ الاستحلاف لا يَجْري في الأشياءِ السِّتَّةِ عندَه وعندَهما يَجْري، والمسألةُ تُذْكَرُ [4] - إنْ شاء اللَّه تعالى - في كتابِ الدّعوَى، ثمّ إذا اختلف الحكمُ في البِكْرِ البالِغةِ والثّيِّبِ البالِغةِ في الجُمْلةِ، حتّى جُعِلَ السّكوتُ رِضًا من البِكْرِ دونَ الثّيِّبِ، وللأبِ ولايةُ قبضِ صَداقِ البِكْرِ بغيرِ إذنِها إلاّ إذا نَهَتْه نَصًّا، وليس له ولايةُ قبضِ مَهْرِ الثّيِّبِ إلاّ بإذنِها، فلا بُدَّ من معرِفةِ البكارةِ والثِّيابةِ في الحكمِ لا في الحقيقةِ؛ لأنّ حقيقةَ البكارةِ بَقاءُ العُذْرةِ، وحقيقةَ الثِّيابةِ زَوالُ العُذْرةِ، وأمّا الحكمُ غيرُ مَبنيٍّ على ذلك بالإجماعِ.

فنقول: لا خلافَ في أنّ كُلَّ مَنْ زالَتْ عُذْرَتُها بوَثْبةٍ أو طَفرةٍ أو حَيْضةٍ أو طولِ التّعنيسِ أنّها في حكمِ الأبكارِ، تُزَوّجُ كما تُزَوّجُ الأبكارُ، ولا خلافَ أيضًا أنّ مَنْ زالَتْ عُذْرَتُها بوَطْءٍ يتعلّقُ به ثُبوتُ النّسَبِ - وهو الوَطْءُ بعَقْدٍ جائزٍ أو فاسِدٍ أو شُبْهةِ عَقْدٍ وجب لها مَهْرٌ بذلك الوَطْءِ - أنّها تُزَوّجُ كما تُزَوّجُ الثّيِّبُ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «الرد ظاهرًا».
(٣) في المخطوط: «ههنا».
(٤) في المخطوط: «نذكرها».

(وامَّا): إذا زالَتْ عُذْرَتُها بالزِّنا، فإنّها تُزَوّجُ كما تُزَوّجُ الأبكارِ في قولِ أبي حنيفةَ[١]، وعندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ والشّافعيِّ تُزَوّجُ كما تُزَوّجُ الثّيِّبِ[٢].

واحتَجُّوا بما رُوِيَ عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال: «**البِكْرُ تُستَأمرُ في نفسِها والثّيِّبُ تُشاوَرُ**»[٣]، وقال ﷺ: «**والثيِّبُ يُعرِبُ عنها لسانُها**»[٤] وهذه ثَيِّبٌ حقيقةً؛ لأنّ الثّيِّبَ حقيقةً مَنْ زالَتْ عُذْرَتُها، وهذه كذلك فيَجْري عليها أحكامُ الثّيِّبِ، ومن أحكامِها أنّه لا يجوزُ نِكاحُها بغيرِ إذنِها (نَصًّا فلا)[٥] يُكْتفى بسُكوتِها.

ولأبي حنيفةَ أنّ عِلّةَ وضْعِ النُّطْقِ شرعًا وإقامةَ السّكوتِ مَقامه في البِكْرِ هو الحياءُ وقد وُجِدَ، ودَلالةُ أنّ العِلّةَ ما قلنا إشارةُ النّصِّ والمعقولُ.

امَّا الأوَّل: فلِما رُوِيَ عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال «**تُستَأمرُ النِّساءُ في أبضاعِهِنّ**»[٦]، فقالتْ عائشةُ رضي الله عنها: إنّ البِكْرَ تستَحي يا رسولَ اللَّه فقال ﷺ: «**إذنُها صُمَاتُها**»[٧]، فالاستدلالُ به أنّ قولَه ﷺ: «إذنُها صُماتُها» خرج جوابًا لقولِ عائشةَ رضي الله عنها: (إنّ البِكْرَ تستَحي) أي: عن الإذنِ بالنِّكاحِ نُطْقًا، والجوابُ يقْتَضى[٨] إعادةِ السّؤَالِ؛ لأنّ الجوابَ لا يَتِمُّ بدونِ السّؤَالِ كأنّه قال ﷺ: إذا كانتِ البِكْرُ تستَحي عن الإذنِ بالنِّكاحِ نُطْقًا[٩] فإذنُها صُماتُها، فهذا إشارةٌ إلى أنّ الحياءَ عِلّةُ وضْعِ النُّطْقِ، وقيامُ الصُّماتِ مَقام الإذنِ عِلّةٌ مَنْصُوصةٌ، وعِلّةُ النّصِّ لا تَتَقَيّدُ بمَحِلِّ النّصِّ كالطّوافِ في الهِرّةِ ونحوِ ذلك.

وأمّا المعقولُ: فهو أنّ الحياءَ في البِكْرِ مانِعٌ من النُّطْقِ بصَريحِ الإذنِ بالنِّكاحِ؛ لما فيه من إظهارِ رَغْبَتِها في الرِّجالِ؛ لأنّ النِّكاحَ سببُ الوَطْءِ والنّاسُ يستقبِحونَ ذلك منها ويَذِمُّونَها ويَنْسُبونَها إلى الوَقاحةِ وذلك مانِعٌ لها من النُّطْقِ بالإذنِ الصّريحِ وهي مُحْتاجةٌ إلى النِّكاحِ فلو شُرِطَ استنطاقُها وهي لا تنطِقُ عادةً لَفاتَ عليها النِّكاحُ مع حاجَتِها إليه،

(١) انظر في مذهب الحنفية: رءوس المسائل (ص٣٧٥)، القدوري (ص٦٩)، المبسوط (٥/ ٧)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٢٧).

(٢) مذهب الشافعية: أنها تزوج كما تزوج الثيب، انظر الأم (٥/ ١٨)، المهذب (٢/ ٣٨)، الوجيز (٢/ ٥)، المنهاج (ص٩٦).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) في المخطوط: «ولا».

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) تقدم تخريجه.

(٨) في المطبوع: «بمقتضى».

(٩) في المخطوط: «مطلقًا».

وهذا لا يجوزُ، والحياءُ موجودٌ في حَقِّ هذه. وإنْ كانتْ ثَيِّبًا حقيقةً؛ لأنّ زَوالَ بَكارَتِها لم يظهر للنّاسِ فيستقبِحونَ منها (الإذنَ بالنّكاحِ) [(١)] صَريحًا، ويَعُدُّونَه من بابِ الوَقاحةِ، ولا يزولُ ذلك ما لم يوجَدِ النّكاحُ، ويَشْتَهِرُ الزِّفاف فحينَئذٍ لا يُستقبَحُ الإظهارُ بالإذنِ ولا يُعَدُّ عَيْبًا، بل الامتِناعُ عن الإذنِ عندَ استِئْمارِ الوَليّ يَعُدُّ رُعونةً منها؛ لحُصُولِ العلمِ للنّاسِ بظُهورِ رَغْبَتِها في الرِّجالِ.

وأمّا الحديثُ: فالمُرادُ منه الثّيِّبُ التي تعارفها النّاسُ ثَيِّبًا؛ لأنّ مُطْلَقَ الكلامِ يَنْصَرِفُ إلى المُتعارَفِ بين النّاسِ؛ ولِهذا لم تَدْخُلِ البِكْرُ التي زالَتْ عُذْرَتُها بالطّفْرةِ والوَثْبةِ والحيضةِ ونحوِ ذلك في هذا الحديثِ، وإنْ كانتْ ثَيِّبًا حقيقةً - واللهُ أعلَمُ -.

وعلى هذا يخرجُ إنْكاحُ الأبِ والجدِّ والثّيِّبِ الصّغيرةِ أنّه جائزٌ عندَ أصحابِنا، وعندَ الشّافعيِّ أنّه لا يجوزُ إنْكاحُها للحالِ، ويتأخّرُ إلى ما بعدَ البُلوغِ، فيُزَوِّجُها الوَليُّ بعدَ البُلوغِ بإذنِها صَريحًا لا بالسّكوتِ.

واحتَجَّ بما رُوِيَ عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال: «**لا تُنْكَحُ اليتيمةُ حتّى تُستَأمرَ**»[(٢)] واليتيمةُ اسمٌ للصّغيرةِ في اللُّغةِ؛ ولأنّ الثِّيابةَ دليلُ [العلم] [(٣)] بمَصالِحِ النّكاحِ؛ ولأنّ حُدوثَها يكونُ بعدَ العقلِ والتّمييزِ عادةً وقد حَصَلَ لها بالتّجْرِبةِ والمُمارَسةِ وهذا إنْ لم يصلُحْ لإثباتِ الولايةِ [٢/ ١٠ب] لها يصلُحْ دافِعًا ولايةَ الوَليِّ عنها للحالِ والتّأخيرِ إلى ما بعدَ البُلوغِ بخلافِ البِكْرِ البالِغةِ لأنّ البكارةَ دليلُ الجهْلِ بمَنافِعِ النّكاحِ ومَضارِّه فالتَحَقَ عَقْلُها بالعدَمِ على ما مرَّ، ولأنّ النّكاحَ في جانِبِ النِّساءِ ضَرَرٌ قَطْعًا [(٤)] لما نذكرُ - إنْ شاء اللَّه تعالى - فلا [ينقلب] [(٥)] مَصْلَحةً إلاّ عندَ الحاجةِ إلى قضاءِ الشهوةِ؛ لأنّ مَصالِحَ النّكاحِ يَقِفُ عليه ولم يوجَدْ في الثّيِّبِ الصّغيرةِ، والجوازُ في البِكْرِ ثبت بفعلِ النّبيِّ ﷺ وإجماعِ الصّحابةِ رضي الله عنهم على ما ذكرنا فيما تقدَّمَ.

(ولَنا): قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور:٣٢] والأيِّمُ: اسمٌ لأُنْثى لا زَوْجَ لها (كبيرةً أو صَغيرةً) [(٦)] فيقتضي ثُبوتَ الولايةِ عامًّا إلاّ مَنْ خُصّ بدليلٍ، ولأنّ الولايةَ كانتْ

---

(١) في المخطوط: «النكاح».
(٢) تقدم تخريجه.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «وضعا».
(٥) زيادة من المخطوط.
(٦) في المخطوط: «صغيرة كانت أوكبيرة».

ثابِتةً قبلَ زَوالِ البكارةِ لوُجودِ سببِ ثُبوتِ الولايةِ - وهو القرابةُ الكامِلةُ والشّفَقةُ الوافرةُ - ووُجودِ شرطِ الثُّبوتِ، وهي حاجةُ الصّغيرةِ إلى النّكاحِ [للحال] (١)، لاستيفاءِ المصالِحِ بعدَ البُلوغِ، وعَجْزِها عن ذلك بنفسِها وقُدْرة الوَليِّ عليه، والعارِضُ ليس إلاّ الثِّيابةُ وأثرها في زيادةِ الحاجةِ إلى الإنْكاحِ (٢) لأنّها مارَسَتِ الرِّجال وصَحِبَتْهم ولِلصُّحْبةِ أثرٌ في الميْلِ إلى مَنْ تُعاشِرُه (٣) مُعاشَرةً جميلةً فلَمَّا ثبتتِ الولايةُ على البِكْرِ الصّغيرةِ فلأنْ تَبْقَى على الثَّيِّبِ الصّغيرةِ أولى، والمُرادُ من الحديثِ البالِغةُ لما مرَّ.

والمجنونُ الكبيرُ والمجنونةُ الكبيرةُ تُزَوّجُ (٤) كما يُزَوّجُ الصّغيرُ والصّغيرةُ عندَ أصحابِنا الثّلاثةِ أصليًّا كان الجُنونُ أو طارِئًا بعدَ البُلوغِ. وقال زُفَرُ: ليس للوَليِّ أنْ يُزَوِّجَ المجنونَ جُنونًا طارِئًا.

(وجه قوله): أنّ ولايةَ الوَليِّ قد زالَتْ بالبُلوغِ عن عَقْلٍ فلا تَعودُ بعدَ ذلك بطَرَيانِ الجُنونِ، كما لو بَلَغَ مُغْمًى عليه ثمّ زالَ الإغماءُ.

(ولَنا): أنّه وُجِدَ سببُ ثُبوتِ الولايةِ وهو القرابةُ وشرطُه وهو عَجْزُ المولَّى عليه وهو (٥) حاجَتُه، وفي ثُبوتِ الولاية (٦) فائدةٌ فثبتتْ (٧) ولِهذا ثبتتْ (٨) في الجُنونِ الأصليِّ كذا في الطّارِئ وتَثْبُتُ له ولاية التّصَرُّفِ في مالِه كذا في نفسِه - واللهُ أعلَمُ -.

فصل [في الذي يرجع إلى نفس التصرف]

وأمَّا الذي يرجعُ إلى نفسِ التّصَرُّفِ فهو: أنْ يكونَ التّصَرُّفُ نافِعًا في حَقِّ المولَّى عليه لا ضارًّا في حَقِّه، فليس للأبِ والوَصيِّ والجدِّ أنْ يُزَوِّجَ عبد الصّغيرِ والصّغيرةِ حُرَّةً ولا أمةً لغيرِهما لأنّ هذا التّصَرُّفَ ضارٌّ في حَقِّ المولَّى عليه، لأنّ المهْرَ والنّفَقةَ يتعلّقانِ برَقَبةِ العبدِ من غيرِ أنْ يحصُلَ للصّغيرِ مالٌ في مُقابَلَتِه والإضرارُ لا يدخلُ تحت ولايةِ الوَليِّ كالطّلاقِ والعتاقِ والتّبَرُّعاتِ، وكذا كُلُّ مَنْ يتصَرَّفُ على غيرِه بالإذنِ لا يملِكُ إنْكاحَ العبدِ كالمُكاتَبِ والشّريكِ والمُضارِبِ والمأذونِ؛ لأنّ إطلاقَ التّصَرُّفِ لهَؤُلاءِ مُقيّدٌ بالنّظَرِ.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «النكاح».
(٣) في المخطوط: «يعاشرها».
(٤) في المخطوط: «يزوجان».
(٥) في المخطوط: «مع».
(٦) في المطبوع: «الولاء».
(٧) في المخطوط: «تثبت».
(٨) في المخطوط: «تثبت».

وأمَّا تَزْوِيجُ الأمةِ حُرًّا أو عبدًا لغيرِهِما فيملِكُه الأبُ والجدُّ والوَصيُّ والمُكاتَبُ والمُفاوَضُ والقاضي وأمينُ القاضي؛ لأنّه نَفْعٌ (١) محضٌ لكونِه تحصيلَ مالٍ من غيرِ أنْ يُقابِلَه مالٌ فيملِكُه هَؤُلاءِ ألا ترى أنّهم يملِكونَ البيْعَ مع أنّه مُقابَلَةُ المالِ بالمالِ فهذا أولى فأمَّا شَريكُ العِنانِ والمُضارِبُ والمأذونُ فلا يملِكونَ تَزْوِيجَ الأمةِ في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ. وعندَ أبي يوسفَ يملِكونَ.

(وجه قولِ أبي يوسفَ): أنّ هذا تَصرُّفٌ نافِعٌ؛ لأنّه تحصيلُ مالٍ لا يُقابِلُه مالٌ فيملِكونَه كشَريكِ المُفاوَضةِ (٢).

(وجه قولِهما): أنّ تَصرُّفَ هَؤُلاءِ يختَصُّ (٣) بالتِّجارةِ والنّكاحُ ليس من التِّجارةِ بدليلِ أنّ المأذونةَ لا تُزَوِّجُ نفسَها، ولو كان النّكاحُ تِجارةً لَمَلَكَتْ؛ لأنّ (٤) التِّجارةَ مُعاوَضةُ المالِ بالمالِ والنّكاحُ مُعاوَضةُ البُضْعِ بالمالِ فلم يكنْ تِجارةً فلا يدخلُ تحت ولايَتِهم، بخلافِ المُفاوَضِ؛ لأنّ تَصرُّفَه مختصٌّ (٥) بالنّفْعِ لا بالتِّجارةِ وهذا نافِعٌ. ولو زَوّجَ [جارية ابنه] (٦) من عبدِ ابنِه قال أبو يوسفَ: يجوزُ. وقال زُفَرُ: لا يجوزُ.

(وجه قولِ زُفر): أنّ تَزْوِيجَ عبدِه (٧) الصّغيرِ لم يدخلْ تحت ولايةِ الأبِ فكان الأبُ فيه كالأجنَبيِّ، واحتِمالُ الضّرَرِ (ثابِتٌ لجوازِ أنْ) (٨) يَبيعَ الأمةَ فيتعلّقُ المهْرُ والنّفَقةُ برَقَبةِ العبدِ فيتضَرَّرُ به الصّغيرُ فيَصيرُ كأنّه زَوّجَه أمةَ الغيرِ.

(ولَنا): أنّ [سبب] (٩) ثُبوتَ الولايةِ موجودٌ فلا يمتَنِعُ الثُّبوتُ إلاّ لمكانِ الضّرَرِ، وهذا نَفْعٌ لا مَضَرّةَ فيه؛ لأنّ الأولادَ له ولا يتعلّقُ المهْرُ والنّفَقةُ برَقَبةِ العبدِ فكان نَفْعًا محضًا فيملِكُه.

قولُه: «يُحْتَمَلُ أنْ يَبيعَه (١٠)» [قلنا] (١١): ويُحْتَمَلُ أنْ لا يبيعها فلا يجوزُ تَعطيلُ الولايةِ المُحقّقةِ للحالِ لأمرٍ يحتَمِلُ الوُجودَ والعدَمَ.

---

(١) في المخطوط: «نافع».
(٢) في المخطوط: «المفاوض».
(٣) في المخطوط: «اختص».
(٤) في المخطوط: «ولأن».
(٥) في المخطوط: «يختص».
(٦) في المطبوع: «أمته».
(٧) في المخطوط: «عبد».
(٨) في المخطوط: «لحق أنه إن».
(٩) زيادة من المخطوط.
(١٠) في المخطوط: «يبيعها».
(١١) ليست في المخطوط.

وعلى هذا يخرجُ ما إذا زَوّجَ الأبُ أو الجدُّ ابنته الصّغيرةَ من كُفْءٍ بدونِ مَهْرِ المثلِ [١] أو زَوّجَ ابنَه الصّغيرَ امرأةً بأكثرَ من مَهْرِ مثلِها أنّه إنْ [٢/ ١١أ] كان ذلك مِمّا يتغابَنُ النّاسُ في مثلِه [لا] [٢] يجوزُ بالإجماعِ، وإنْ كان مِمّا لا يتغابَنُ النّاسُ في مثلِه يجوزُ في قولِ أبي حنيفةَ، وفي قولِ أبي يوسفَ ومحمّدٍ لا يجوزُ، وذكر هِشامٌ عنهما أنّ النّكاحَ باطِلٌ.

ولو زَوّجَ ابنَتَه الصّغيرةَ بمَهْرِ مثلِها من غيرِ كُفْءٍ فهو على [هذا] الخلافِ ولو فعل غيرُ الأبِ والجدِّ شيئًا مِمّا ذكرنا لا يجوزُ في قوليهما [٣] جميعًا.

(وجه قولِهما): أنّ ولايةَ الإنْكاحِ تَثبُتُ نَظَرًا في حَقِّ المولّى عليه ولا نَظَرَ في الحطِّ على [٤] مَهْرِ المثلِ في إنْكاحِ الصّغيرةِ ولا في الزِّيادةِ على مَهْرِ المثلِ في إنْكاحِ الصّغيرِ بل فيه ضَرَرٌ بهما. والإضرارُ لا يدخلُ تحت ولايةِ الوَليِّ ولِهذا لا يملِكُ غيرُ الأبِ والجدِّ كذا هذا.

ولأبي حنيفةَ ما رُوِيَ أنّ أبا بكرٍ الصِّدِّيقَ رضي الله عنه زَوّجَ عائشةَ رضي الله عنها وهي صَغيرةٌ من رسولِ اللّه ﷺ على خمسِمائةِ دِرْهَم [٥]، وتَزَوّجَها رسولُ اللّه ﷺ على ذلك ومعلومٌ أنّ مَهْرَ مثلِها كان أضعافَ ذلك ولأنّ الأَبَ وافرُ الشّفَقةِ على ولَدِه يَنْظُرُ له ما لا يَنْظُرُ لنفسِه.

والظّاهرُ أنّه لا يَفْعَلُ ذلك إلاّ لتَوْفيرِ مقصُودٍ من مَقاصِدِ النّكاحِ هو أنْفَعُ وأجدَى من كثيرٍ من المالِ من موافَقةِ الأخلاقِ، وحُسنِ الصُّحْبةِ، والمُعاشَرةِ بالمعروفِ، ونحوِ ذلك من المعاني المقصُودةِ بالنّكاحِ فكان تَصَرُّفُه والحالةُ هذه نَظَرًا للصّغيرِ والصّغيرةِ لا ضَرَرًا بهما، بخلافِ غيرِ الأبِ والجدِّ؛ لأنّ وجهَ الضّرَرِ في تَصَرُّفِهِما ظاهرٌ وليس ثَمّةَ دليلٍ يَدُلُّ على اشتِمالِه على المصْلَحةِ الباطِنةِ الخفيّةِ التي تَزيدُ على الضّرَرِ الظّاهرِ؛ لأنّ ذلك إنّما يُعرَفُ بوُفورِ الشّفَقةِ ولم يوجَدْ بخلافِ ما إذا باع الأبُ أمةً لهما بأقَلَّ من قيمَتِها بما [٦] لا يتغابَنُ النّاسُ فيه أنّه لا يجوزُ؛ لأنّ البيْعَ مُعاوَضةُ المالِ بالمالِ والمقصُودُ من المُعاوَضاتِ

(١) في المخطوط: «مثلها».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «قولهم».
(٤) في المخطوط: «عن».
(٥) أخرجه مسلم، كتاب: النكاح، باب: الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، برقم (١٤٢٦)، وابن ماجه، (١٨٨٦)، من حديث عائشة رضي الله عنها.
(٦) في المخطوط: «مما».

الماليّةِ هو الوُصُولُ إلى العِوَضِ الماليِّ ولم يوجَدْ. وبخلافِ ما إذا زَوّجَ أمَتَهما بأقَلَّ من مَهْرِ مثلِها أنّه لا يجوزُ؛ لأنّه (لا نفع) [١] لهما فيما يحصُلُ للأمةِ من حَظِّ الزّوْجِ، وإنّما مَنْفَعَتُهما في حُصُولِ عِوَضِ بُضْعِ الأمةِ لهما - وهو مَهْرُ المثلِ - ولم يحصُلْ.

وعلى هذا الخلافِ التّوْكيلُ بأنْ وكّلَ رجلٌ رجلاً بأنْ يُزَوِّجَه امرأةً فزوّجَه امرأةً بأكثرَ من مَهْرِ مثلِها مقدارُ ما لا يتغابَنُ النّاسُ في مثلِه [أو وكّلَتِ امرأةٌ رجلاً بأنْ يُزَوِّجَها من رجلٍ فزَوّجَها من رجلٍ بدونِ صَداقِ مثلِها] [٢] أو من غيرِ كُفْءٍ فهو على اختِلافِ الوَكيلِ بالبيْعِ المُطْلَقِ ونذكرُ المسألةَ - إنْ شاء اللّه تعالى - في كتابِ الوَكالةِ، وعلى هذا الوَكيلُ بالتّزْويجِ من جانبِ الرّجُلِ أو المرأةِ إذا زَوّجَ الموكِّلَ مَنْ لا تُقْبَلُ [٣] شهادةُ الوَكيلِ له فهو [٤] على الاختِلافِ في البيْعِ ونذكرُ ذلك كُلّه - إنْ شاء اللّه تعالى - في كتابِ الوَكالةِ- .

وعلى هذا الخلافِ الوَكيلُ من جانِبِ الرّجُلِ بالتّزْويجِ إذا زَوّجَه أمةً لغيرِه أنّه يجوزُ عندَ أبي حنيفةَ لإطلاقِ اللّفْظِ ولِسُقوطِ اعتِبارِ الكفاءةِ من جانِبِ النّساءِ. وعندَهما لا يجوزُ؛ لأنّ المُطْلَقَ يَنْصَرِفُ إلى المُتعارَفِ وتُعتَبَرُ الكفاءةُ من جانِبَيْنِ [٥] عندَهما في مثلِ هذا الموضِعِ لمكانِ العُرْفِ استحسانًا على ما نذكرُ - إنْ شاء اللّه تعالى في موضِعِه - .

[ولو [٦] أقرَّ الأبُ على ابنَتِه الصّغيرةِ بالنّكاحِ أو على ابنِه الصّغيرِ لا يُصَدَّقُ في إقرارِه حتّى يَشْهَدَ شاهِدانِ على نفسِ النّكاحِ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ: يُصَدَّقُ من غيرِ شُهودٍ.

وصُورةُ المسألةِ في موضِعَيْنِ:

احدُهما: أنْ تَدَّعيَ امرأةٌ نِكاحَ الصّغيرِ أو يَدَّعيَ رجلٌ نِكاحَ الصّغيرةِ والأبُ يُنْكِرُ ذلك فيُقيمُ المُدَّعي بَيِّنَةً على إقرارِ الأبِ بالنّكاحِ فعندَ أبي حنيفةَ: لا تُقْبَلُ هذه الشّهادةُ حتّى يَشْهَدَ شاهِدانِ على نفسِ العقدِ. وعندَهما تُقْبَلُ، ويظهرُ النّكاحُ.

---

(١) في المطبوع: «أنفع».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «يقبل».
(٤) في المخطوط: «وهو».
(٥) في المخطوط: «جانبهن».
(٦) من هنا بداية سقط في المخطوط.

والثاني: أنْ يَدَّعيَ رجلٌ نِكاحَ الصّغيرةِ أو امرأةٌ نِكاحَ الصّغيرِ بعدَ بُلوغِهما وهما مُنْكِرانِ ذلك فأقام المُدَّعي البيِّنةَ على إقرارِ الأبِ بالنِّكاحِ في حالِ الصِّغرِ وعلى هذا الخلافِ الوَكيلُ بالنِّكاحِ، إذا أقَرَّ على موَكِّلِه أو على موَكِّلَتِه بالنِّكاحِ، والمولى إذا أقَرَّ على عبدِه بالنِّكاحِ أنّه لا يُقْبَلُ عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهما: يُقْبَلُ، وأجمَعوا على أنّ المولى إذا أقَرَّ على أمَتِه بالنِّكاحِ أنّه يُصَدَّقُ من غيرِ شهادةٍ.

(وجه قولِهما): أنّه إنْ أقَرَّ بعَقْدٍ يملِكُ إنْشاءه فيُصَدَّقُ فيه من غيرِ شُهودٍ، كما لو أقَرَّ بتَزْويجِ أمَتِه، ولا شَكَّ أنّه أقَرَّ بعَقْدٍ يملِكُ إنْشاءه؛ لأنّه يملِكُ إنْشاء النِّكاحِ على الصّغيرِ والصّغيرةِ والعبدِ ونحوِ ذلك، وإذا مَلَكَ إنْشاءه لم يكنْ مُتَّهَمًا في الإقرارِ فيُصَدَّقُ كالمولى إذا أقَرَّ بالفَيْءِ في مُدَّةِ الإيلاءِ، وزَوْجِ المُعتَدَّةِ إذا قال في العِدَّةِ راجَعتُك لما قلنا، كذا هذا.

ولأبي حنيفةَ: قولُ النّبيِّ ﷺ: «لا نِكاحَ إلاّ بشُهودٍ»[1] نَفى النِّكاحَ بغيرِ شُهودٍ من غيرِ فصلٍ بين الانعِقادِ والظُّهورِ بل الحمْلُ على الظُّهورِ أولى؛ لأنّ فيه عَمَلاً بحقيقةِ اسمِ الشّاهِدِ إذْ هو اسمٌ لفاعِلِ الشّهادةِ وهو المُؤَدِّي لها، والحاجةُ إلى الأداءِ عندَ الظُّهورِ لا عندَ الانعِقادِ، ولأنّه أقَرَّ على الغيرِ فيما لا يملِكُه بعَقْدٍ لا يَتِمُّ به وحْدَه وإنّما يَتِمُّ به وبِشهادةِ الآخَرينَ فلا يُصَدَّقُ إلاّ بمُساعِدةِ آخَرينَ قياسًا على الوُكَلاءِ الثّلاثةِ في النِّكاحِ والبيْعِ ودَلالةُ الوَصْفِ أنّه أقَرَّ بالنِّكاحِ والإقرارُ بالنِّكاحِ إقرارٌ بمَنافِعِ البُضْعِ وإنّها غيرُ مَمْلوكةٍ، ألا ترى أنّها لو وُطِئَتْ بشُبْهةٍ كان المهْرُ لها لا للأبِ بخلافِ الأمةِ فإنّ مَنافِعَ بُضْعِها مَمْلوكةٌ فكانَ ذلك إقرارًا بما مَلَكَ فأبو حنيفةَ اعتبَرَ ولايةَ العقدِ ومِلْكَ المعقودِ عليه، وهما اعتبَرا ولايةَ العقدِ فقَطْ - واللّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ -][2].

* * *

(١) رواه البيهقي في الكبرى موقوفًا على عليّ (٧/ ١١١)، حديث (١٣٤٢٣): «لا نكاح إلا بولي ولا نكاح إلا بشهود»، وقال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ١٦٧): غريب بهذا اللفظ. وقال ابن حجر في الدراية (٢/ ٥٥): لم أره بهذا اللفظ. وقال الترمذي في كتاب النكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا ببينة، حديث (١١٠٣): والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ ومن بعدهم من التابعين وغيرهم، قالوا: «لا نكاح إلا بشهود» لم يختلفوا في ذلك.

(٢) هنا نهاية السقط المشار إليه.

فصل [في ولاية الندب]

وأمَّا ولايةُ النَّدْبِ والاستحبابِ فهي: الولايةُ على الحُرَّةِ البالِغةِ العاقِلةِ بكْرًا كانتْ أو ثَيِّبًا في قولِ أبي حنيفةَ وزُفر وقولِ أبي يوسفَ الأوّلِ، وفي قولِ محمّدٍ وأبي يوسفَ الآخَرِ الولايةُ عليها (١) ولايةٌ مشتركةٌ (٢) (٣). وعندَ الشّافعيِّ هي ولايةٌ مشتركةٌ (٤) أيضًا(٥) إلاَّ في العِبارةِ فإنّها للمولى خاصّةً.

وشرطُ ثُبوتِ هذه الولايةِ على أصلِ أصحابِنا هو رِضا المولّى عليه لا غيرُ. وعندَ الشّافعيِّ هٰذا وعِبارةُ الوَليِّ أيضًا، وعلى هذا يُبنَى الحُرَّةُ البالِغةُ العاقِلةُ إذا زَوّجَتْ نفسَها من رجلٍ أو وكّلَتْ رجلاً بالتّزْويجِ فتَزَوّجَها أو زَوّجَها فُضوليٌّ فأجازتْ جاز في قولِ أبي حنيفةَ وزُفر وأبي يوسفَ الأوّلِ، سَواءٌ زَوّجَتْ نفسَها من كُفْءٍ أو [من] (٦) غيرِ كُفْءٍ بمَهْرٍ وافرٍ أو قاصِرٍ غيرَ أنّها إذا زَوّجَتْ نفسَها من غيرِ كُفْءٍ فللأولياءِ حَقُّ الاعتِراضِ. وكذا إذا زَوّجَتْ بمَهْرٍ قاصِرٍ عندَ أبي حنيفةَ خلافًا لهما وسَتَأتي المسألةُ - إنْ شاء اللّه - في موضِعِها.

وفي قولِ محمّدٍ: لا يجوزُ حتّى يُجيزَه الوَليُّ والحاكِمُ، فلا يَحِلُّ للزَّوْجِ وطْؤُها قبلَ الإجازةِ، ولو وطِئَها يكونُ وطْئًا حَرامًا ولا يَقَعُ عليها طَلاقُه وظِهارُه وإيلاؤُه.

ولو ماتَ أحدُهما لم يَرِثْه الآخَرُ سَواءٌ زَوّجَتْ نفسَها من كُفْءٍ أو غيرِ كُفْءٍ وهو قولُ أبي يوسفَ الآخَرُ، رَوَى الحسَنُ [٢/ ١١ب] بنُ زيادٍ عنه.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ روايةٌ أُخرى: أنّها إذا زَوّجَتْ نفسَها من كُفْءٍ يَنْفُذُ وتَثْبُتُ سائرُ الأحكامِ. ورُوِيَ عن محمّدٍ أنّه إذا (٧) كان للمرأةِ وليٌّ لا يجوزُ نِكاحُها إلاَّ بإذنِه وإنْ لم

---

(١) في المخطوط: «عليهما». (٢) في المخطوط: «شركة».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٤٧٤)، مختصر الطحاوى (١٧١، ١٧٢)، المبسوط (٥/ ١٠، ١٠٧)، شرح فتح القدير (٣/ ٢٥٥، ٢٢٦)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٩٠)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٣/ ١١٧).
(٤) في المخطوط: «شركة».
(٥) مذهب الشافعية: اشتراط الولي في النكاح وأنه لا يجوز للمرأة أن تتولى العقد على نفسها ولا غيرها، انظر: الأم (٥/ ١٣)، الهداية (٢/ ٤٧٤)، معرفة السنن والآثار (١٠/ ٢٧)، الحاوي الكبير (١١/ ٥٧ - ٦٠)، الوسيط في المذهب (٥/ ٥٨ - ٥٩).
(٦) زيادة من المخطوط. (٧) في المخطوط: «إن».

يكنْ لها وليٌّ جاز إنْكاحُها على نفسِها.

ورُوِيَ عن محمّدٍ أنّه رجع إلى قولِ أبي حنيفةَ، وقولُ الشّافعيِّ مثلُ قولِ محمّدٍ في ظاهرِ الرِّوايةِ: أنّه لا يجوزُ نِكاحُها بدونِ الوَليِّ إلاَّ أنّهما اختلفا: فقال محمّدٌ: يَنْعَقِدُ النّكاحُ بعبارَتِها ويَنْفُذُ بإذنِ الوَليِّ وإجازتِه، ويَنْعَقِدُ بعبارةِ الوَليِّ ويَنْفُذُ بإذنِها وإجازتِها فعندَ[1] الشّافعيِّ لا عِبارةَ للنّساءِ في بابِ النّكاحِ أصلاً حتّى لو توكَّلَتِ امرأةٌ بنِكاحِ امرأةٍ من وليِّها فتَزَوّجَتْ لم يَجز عندَه. وكذا إذا زَوّجَتْ بنتَها بإذنِ القاضي لم يَجز.

احتَجَّ الشّافعيُّ بقولِه تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور:٣٢] هذا خطابٌ للأولياءِ والأيِّمُ: اسمٌ لامرأةٍ لا زَوْجَ لها بكْرًا كانتْ أو ثَيِّبًا ومتى ثبتتِ الولايةُ عليها كانتْ هي مولَّيًا عليها ضرورةً، فلا تكونُ واليةً وقولِه ﷺ: «لا يُزَوِّجُ النّساءَ إلاَّ الأولياءُ»[2]، وقولِه ﷺ: «لا نِكاحَ إلاَّ بوَليٍّ»[3] لأنّ النّكاحَ من جانبِ النِّساءِ عَقْدُ إضرارٍ بنفسِه وحكمِه وثَمرَتِه.

امّا نفسه: فإنّه رِقٌّ وأسرٌ قال النّبيُّ ﷺ: «النّكاحُ رِقٌّ فلْيَنظُرْ أحدُكم أينَ يَضَعُ كريمَتَه»[4]، وقال عليه الصلاة والسلام: «اتّقوا اللّهَ في النّساءِ فإنّهنّ عندَكم عَوانٌ»[5] أي: أسيراتٌ والإرقاقُ إضرارٌ.

---

(١) في المخطوط: «وعند».

(٢) ضعيف جدًا: رواه الدارقطني (٣/ ٢٤٤)، حديث (١١)، وقال: مبشر بن عبيد متروك الحديث، أحاديثه لا يتابع عليها، ومن طريقه رواه البيهقي في الكبرى (٧/ ٢٤٠)، حديث (٤١٦١)، والطبراني في الأوسط (١/ ٦)، حديث (٣)، وأبو يعلى في مسنده (٤/ ٧٢)، حديث (٢٠٩٤)، قال ابن الجوزي في التحقيق (٢/ ٢٨٢): قد روينا هذا الحديث من طرق مدارها كلها على مبشر بن عبيد، قال أحمد بن حنبل: مبشر ليس بشيء، أحاديثه موضوعات، يكذب، يضع الحديث، وقال الدارقطني: يكذب، وقال ابن حبان: يروى عن الثقات الموضوعات، لا يحل كتب حديثه إلا على سبيل التعجب.

(٣) صحيح: رواه أبو داود، كتاب: النكاح، باب: في الولي، حديث (٢٠٨٥)، والترمذي، حديث (١١٠١)، وابن ماجه، حديث (١٨٨١)، وابن حبان في صحيحه (٩/ ٣٨٨ - ٣٨٩)، حديث (٤٠٧٧)، والحاكم في المستدرك (٢/ ١٨٦)، حديث (٢٧١٢)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٠٨)، حديث (١٣٣٩٣)، والطبراني في الأوسط (١/ ٢١١)، حديث (٦٨١)، وانظر نصب الراية (٣/ ١٨٣)، والدراية (٢/ ٥٩)، والإرواء (١٨٣٩).

(٤) رواه سعيد بن منصور في سننه ص (١٩١)، حديث (٥٩١)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٨٢)، حديث (١٣٢٥٩) موقوفًا على أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما.

(٥) تقدم تخريجه في فصل: ركن النكاح.

وأمّا حكمُه: فإنّه مِلْكٌ، فالزّوْجُ يملِكُ التّصرُّفَ في مَنافِعِ بُضْعِها استيفاءً بالوَطْءِ وإسقاطًا بالطّلاقِ، ويملِكُ حَجْرَها عن الخروجِ و[البُروزِ وعن] [١] التّزوُّجِ بزَوْجٍ [آخر] [٢].

وأمّا ثمرَتُه: فالاستِفْراشُ [٣] كُرْهًا وجَبْرًا، ولا شَكَّ أنّ هذا إضرارٌ إلاّ أنّه قد يَنْقَلِبُ مَصْلَحةً ويَنْجَبِرُ ما فيه من الضّرَرِ إذا وقَعَ وسيلةً إلى المصالِحِ الظّاهرةِ والباطِنةِ، ولا يُستَدْرَكُ ذلك إلاّ بالرّأيِ الكامِلِ ورأيُها [٤] ناقِصٌ لنُقصانِ عَقْلِها فبَقِيَ النّكاحُ مَضَرَّةً فلا تَمْلِكُه.

واحتَجَّ محمّدٌ - رحمه الله - بما رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**أيُّما امرأةٍ تَزَوّجَتْ بغيرِ إذنِ وليّها فنِكاحُها باطِلٌ**»[٥] والباطِلُ من التّصرُّفاتِ الشّرعيّةِ ما لا حكمَ له شرعًا كالبيْعِ الباطِلِ ونحوِه، ولأنّ للأولياءِ حَقًّا في النّكاحِ بدليلِ أنّ لهم حَقَّ الاعتِراضِ والفسخِ، ومَنْ لا حَقَّ له في عَقْدٍ كيف يملِكُ فسخَه، والتّصرُّفُ في حَقِّ الإنسانِ يَقِفُ جوازُه على جوازِ صاحِبِ الحقِّ كالأمةِ إذا زَوّجَتْ نفسَها بغيرِ إذنِ وليِّها.

(وجه ما رُوِيَ عن أبي يوسفَ): أنّها إذا زَوّجَتْ نفسَها من كُفْءٍ يَنْفُذُ؛ لأنّ حَقَّ الأولياءِ في النّكاحِ من حيث صيانَتُهم عَمّا يوجِبُ لُحوقَ العارِ والشّينِ بهم بنِسبةِ مَنْ لا يُكافِئُهم بالصِّهْريّةِ إليهم، وقد بَطَلَ هذا المعنى بالتّزْويجِ من كُفْءٍ، يُحَقِّقُه أنّها لو وجَدَتْ كُفْئًا وطَلَبَتْ [٦] من المولى [٧] الإنْكاحَ منه لا يَحِلُّ له الامتِناعُ ولو امتَنَعَ يَصيرُ عاضِلاً فصار عَقْدُها والحالةُ هذه بمنزِلةِ عَقْدِه بنفسِه.

(وجه ما رُوِيَ عن محمّدٍ من الفرقِ بين ما إذا كان لها وليٌّ وبين ما إذا لم يكن لها وليٌّ): أنّ وُقوفَ العقدِ على إذنِ الوَليِّ كان لحَقِّ الوَليِّ لا لحَقِّها فإذا لم يكنْ لها وليٌّ فلا حَقَّ للوَليِّ،

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) زيادة من المخطوط.

(٣) في المخطوط: «فالافتراش». (٤) في المخطوط: «فرأيها».

(٥) رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب: في الولي، حديث (٢٠٨٣)، والترمذي، حديث (١١٠٢)، وابن ماجه، حديث (١٨٧٩)، وابن حبان في صحيحه (٩/ ٣٨٤)، حديث (٤٠٧٤)، والحاكم في المستدرك (٢/ ١٨٢)، حديث (٢٧٠٦)، وأبو داود الطيالسي، ص (٢٠٦)، حديث (١٤٦٣) كلهم عن عائشة رضي الله عنها. وصححه الشيخ الألباني في الإرواء، حديث (١٨٤٠).

(٦) في المخطوط: «فطلبت». (٧) في المخطوط: «الولي».

فكان الحقُّ لها خاصّةً، فإذا عَقَدَتْ فقد تَصرَّفَتْ في خالِصِ حَقِّها فنَفَذَ.

وأمَّا إذا زَوّجَتْ نفسَها من كُفْءٍ وبَلَغَ الوَليّ فامتَنَعَ من الإجازةِ فرفعتْ أمرَها إلى الحاكِمِ فإنّه يُجيزُه في قولِ أبي يوسفَ. وقال محمّدٌ يُستَأنَفُ العقدُ.

(وجه قولِه [1]**)**: أنّ العقدَ كان موقوفًا على إجازةِ الوَليِّ فإذا امتَنَعَ من الإجازةِ فقد رَدَّه فيَرْتَدُّ ويَبْطُلُ من الأصلِ فلا بُدَّ من الاستِئْنافِ.

(وجه قولِ أبي يوسفَ): أنّه بالامتِناعِ صار عاضِلاً، إذْ لا يَحِلُّ له الامتِناعُ من الإجازةِ إذا زَوّجَتْ نفسَها من كُفْءٍ، فإذا امتَنَعَ فقد عَضَلَها، فخرج من أنْ يكونَ وليًّا، وانقَلَبَتِ الولايةُ إلى الحاكِمِ.

ولأبي حنيفةَ: الكتابُ العزيزُ والسّنةُ والاستدلالُ:

أمَّا الكتابُ: فقولُه تعالى: ﴿وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا﴾ [الأحزاب: ٥٠] فالآيةُ الشّريفةُ نَصٌّ على انعِقادِ النّكاحِ بعِبارَتِها وانعِقادِها بلَفْظِ الهِبةِ فكانتْ حُجّةً على المُخالِفِ في المسألَتَيْنِ، وقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] والاستدلالُ به من وجهينِ:

أحدُهما: أنّه أضافَ النّكاحَ إليها فيقتضي تَصوُّرَ النّكاحِ منها.

والثّاني: أنّه جعل نِكاحَ المرأةِ غايةَ الحُرْمةِ، فيقتضي انتِهاءَ الحُرْمةِ عندَ نِكاحِها نفسِها وعندَه لا تنتَهي، وقولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ﴾ [البقرة: ٢٣٠] أي: يتناكَحا أضافَ النّكاحَ إليهما من غيرِ [ذِكْرِ] [2] الوَليِّ، وقولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ [٢/ ١٢أ] أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] الآيةُ والاستدلالُ به من وجهينِ:

أحدُهما: أنّه أضافَ النّكاحَ إليهنّ فيَدُلُّ على جوازِ النّكاحِ بعِبارَتِهِنّ من غيرِ شرطِ الوَليِّ.

والثّاني: أنّه نَهَى الأولياءَ عن المنْعِ عن نِكاحِهِنّ أنفسَهُنّ من أزواجِهِنّ إذا تَراضَى الزّوْجانِ، والنّهْيُ يقتضي تَصْوِيرَ المنْهيّ عنه.

---

(١) في المخطوط: «قول محمد».

(٢) ليست في المخطوط.

وأمَّا السنَّة: فما رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال: «**ليس للوَليِّ مع الثيِّبِ أمرٌ**»[(١)] وهذا قَطْعُ ولايةِ الوَليِّ عنها. ورُوِيَ عنه أيضًا عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال: «**الأيِّمُ أحَقُّ بنفسِها من وليِّها**»[(٢)] والأيِّمُ اسمٌ لامرأةٍ لا زَوْجَ لها.

وأمَّا الاستدلال فهو: أنّها لَمَّا بَلَغَتْ عن عَقْلٍ وحُرِّيّةٍ فقد صارتْ وليّةَ[(٣)] نفسِها في النّكاحِ فلا تَبْقَى مولَيًا عليها كالصّبيِّ العاقِلِ إذا بَلَغَ.

والجامعُ أنّ ولايةَ الإنْكاحِ إنّما ثبتتْ [للأبِ][(٤)] على الصّغيرةِ بطَريقِ النِّيابةِ عنها شرعًا لِكونِ النّكاحِ تَصرُّفًا نافِعًا مُتَضَمِّنًا مَصْلَحةَ الدِّينِ والدُّنْيا وحاجَتَها إليه حالاً ومَآلاً وكونِها عاجِزةً عن إحرازِ ذلك بنفسِها، وكونِ الأبِ قادِرًا عليه، وبِالبُلوغ عن عَقْلٍ زالَ العجْزُ حقيقةً وقَدَرَتْ على التّصرُّفِ في نفسِها حقيقةً فتَزولُ ولايةُ الغيرِ[(٥)] عنها وتَثْبُتُ الولايةُ لها؛ لأنّ النِّيابةَ الشّرعيّةَ إنّما تَثْبُتُ بطَريقِ الضّرورةِ نَظَرًا فتَزولُ بزَوالِ الضّرورةِ مع أنّ الحُرِّيّةَ مُنافيةٌ لثُبوتِ الولايةِ للحُرِّ على الحُرِّ، وثُبوتُ الشّيءِ مع المُنافي لا يكونُ إلاّ بطَريقِ الضّرورةِ ولِهذا المعنى زالَتِ الولايةُ عن إنْكاحِ الصّغيرِ العاقِلِ إذا بَلَغَ، وتَثْبُتُ الولايةُ له، وهذا المعنى موجودٌ في الفرعِ، ولِهذا زالَتْ ولايةُ الأبِ عن التّصرُّفِ في مالِها، وتَثْبُتُ الولايةُ لها كذا هذا.

وإذا صارتْ وليّ نفسِها في النّكاحِ لا تَبْقَى مولَيًا عليها بالضّرورةِ لما فيه من الاستِحالةِ.

وأمَّا الآيةُ: فالخطابُ للأولياءِ بالإنْكاحِ ليس يَدُلُّ على أنّ الوَليّ شرطُ جوازِ الإنْكاحِ[(٦)] بل على وِفاقِ العُرْفِ والعادةِ بين النّاسِ، فإنّ النّساءَ لا يتولَّيْنَ النّكاحَ بأنفسِهِنّ عادةً لما فيه

---

(١) صحيح: رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب: في الثيب، حديث (٢١٠٠)، والنسائي، حديث (٣٢٦٣)، وابن حبان في صحيحه (٩/ ٣٩٩)، حديث (٤٠٨٩)، وأبو عوانة في مسنده (٣/ ٧٧)، حديث (٤٢٥٧)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١١٨)، حديث (١٣٤٥٨) كلهم عن ابن عباس رضي الله عنهما، وصححه الألباني في صحيح أبي داود.

(٢) رواه مسلم، كتاب النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، حديث (١٤٢١)، وأبو داود، حديث (٢٠٩٨)، والترمذي، حديث (١١٠٨)، والنسائي، حديث (٣٢٦٠)، وابن ماجه، حديث (١٨٧٠)، وابن حبان في صحيحه (٩/ ٣٩٥)، حديث (٤٠٨٤)، وأبو عوانة في مسنده (٣/ ٧٦)، حديث (٤٢٤٩)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١١٥)، حديث (١٣٤٣٩).

(٣) في المخطوط: «وليّ».

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) في المخطوط: «العجز».

(٦) في المخطوط: «النكاح».

من الحاجةِ إلى الخروجِ إلى مَحافِلِ الرِّجالِ، وفيه نِسبَتُهُنّ إلى الوَقاحةِ بل الأولياءُ هم الذينَ يتولُّونَ ذلك عليهِنّ برِضاهُنّ، فخرج الخطابُ بالأمرِ بالإنْكاحِ مخرَجَ العُرْفِ والعادةِ على النّدْبِ والاستحبابِ دونَ الحتْمِ والإيجاب، والدّليلُ عليه ما ذكر سبحانه وتعالى عَقيبَه وهو قوله تعالى: ﴿وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ﴾ [النور :٣٢] ثمّ لم يكنِ [(١)] الصّلاحُ شرطَ الجوازِ، ونَظيرُه قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗاۖ﴾ [النور :٣٣] أو تُحمَلُ الآيةُ الكريمةُ على إنْكاحِ الصِّغارِ [(٢)] عَمَلاً بالدّلائلِ كُلِّها.

وعلى هذا يُحمَلُ قولُه ﷺ: «لا يُزَوِّجُ النِّساءَ إلاّ الأولياءُ»[(٣)] أنّ ذلك على النّدْبِ والاستحبابِ. وكذا قولُه ﷺ: «لا نِكاحَ إلاّ بوَليٍّ»[(٤)] مع ما حُكِيَ عن بعضِ النّقَلةِ أنّ ثلاثةَ أحاديثَ لم تَصِحَّ عن رسولِ اللّه ﷺ وعُدَّ من جُمْلَتِها هذا، ولِهذا لم يُخَرَّجْ في الصّحيحَيْنِ على أنّا نقول بموجِبِ الأحاديثِ لكنْ لَمّا قُلْتُم: إنّ هذا إنْكاحٌ بغيرِ وليٍّ بل المرأةُ وليّةُ نفسِها لما ذكرنا من الدّلائلِ - واللهُ أعلَمُ -.

وأمّا قولُه ﷺ: «النّكاحُ عَقدُ ضَرَرٍ»[(٥)] فمَمْنوعٌ بل هو عَقْدُ مَنْفَعةٍ لاشتِمالِه على مَصالِحِ الدِّينِ والدُّنْيا من السّكَنِ والإلفِ [(٦)] والمودَّةِ والتّناسُلِ والعِفّةِ عن الزِّنا، واستيفاءِ المرأةِ بالنّفَقةِ إلاّ أنّ هذه المصالِحَ لا تحصُلُ إلاّ بضَرْبِ مِلْكٍ عليها؛ إذْ لو لم تَكُنْ [(٧)] لا تَصيرُ مَمْنوعةً عن الخروجِ والبُروزِ والتَّزْويجِ بزَوْجٍ آخَرَ وفي الخروجِ والبُروز فسادُ السّكَنِ؛ لأنّ قَلْبَ الرّجُلِ لا يَطْمَئنُّ إليها، وفي التّزَوُّجِ بزَوْجٍ آخَرَ فسادُ الفِراشِ؛ لأنّها إذا جاءتْ بوَلَدٍ يَشْتَبِه النّسَبُ ويَضيعُ الوَلَدُ، فالشّرْعُ [(٨)] ضرب عليها نوعَ مِلْكٍ ضرورةَ حُصُولِ المصالِحِ [(٩)]، فكان المِلْكُ وسيلةً إلى المصالِحِ والوَسيلةُ إلى المصْلَحةِ مَصْلَحةٌ، وتسميةُ النّكاحِ رِقًّا بطَريقِ التّمثيلِ لا بطَريقِ التّحقيقِ لانعِدامِ حقيقةِ الرِّقِّ.

وقوله: «عَقْلُها ناقِصٌ» قلنا هذا النّوْعُ من النُّقْصانِ، لا يمنَعُ العلمَ بمَصالِحِ النّكاحِ فلا يسلُبُ أهليّةَ النّكاحِ، ولِهذا (لا يسلُبُ) [(١٠)] أهليّةَ سائرِ التّصرُّفاتِ من المُعامَلاتِ

---

(١) في المخطوط: «يَكُ».
(٢) في المخطوط: «الصغائر».
(٣) سبق تخريجه.
(٤) سبق تخريجه.
(٥) لم أقف عليه بهذا اللفظ.
(٦) في المخطوط: «الألفة».
(٧) في المخطوط: «يكن».
(٨) في المخطوط: «فالزوج».
(٩) في المخطوط: «المنافع».
(١٠) في المخطوط: «لم تسلب».

والدِّياناتِ حتّى يَصِحَّ منها التّصرُّفُ في المالِ على طَريقِ الاستِبْدادِ، وإنْ كانتْ تجري في التّصرُّفاتِ الماليّةِ خياناتٌ خَفيّةٌ لا تُدْرَكُ إلاَّ بالتّأمُّلِ، ويَصِحُّ منها الإقرارُ بالحُدودِ والقِصاصِ ويُؤْخَذُ عليها الخطابُ بالأيمانِ وسائرِ الشّرائعِ، فدَلَّ أنّ ما لها من العقلِ [كافٍ] (١) والدّليلُ عليه أنّه اعتُبِرَ عَقْلُها في اختيارِ الأزواجِ حتّى لو طَلَبَتْ من الوَليِّ أنْ يُزَوِّجَها من كُفْءٍ، يُفْتَرَضُ عليه التّزْويجُ حتّى لو امتَنَعَ يَصيرُ عاضِلاً [٢/ ١٢ب] ويَنوبُ القاضي مَنابَه في التّزْويجِ.

وأمّا حديثُ عائشةَ رضي الله عنها فقد قِيلَ: إنّ مَدارَه على الزُّهْريِّ، فعُرِضَ عليه فأنْكَرَه وهذا يوجِبُ ضَعفًا في الثُّبوتِ، يُحَقِّقُ الضّعفَ أنّ راوِيَ الحديثِ عائشةُ رضي الله عنها ومن مذهبِها: جوازُ النّكاحِ بغيرِ وليٍّ.

والدّليلُ عليه: ما رُوِيَ أنّها زَوّجَتْ بنتَ أخيها عبدِ الرّحمَنِ من المُنْذِرِ بنِ الزُّبَيْرِ (٢) وإذا كان مذهبُها في هذا البابِ هذا، فكيفَ تروِي حديثًا لا تَعملُ به؟! ولَئِنْ ثبت فنحمِلُه على الأمةِ؛ لأنّه رُوِيَ في بعضِ الرِّواياتِ: «**أيّما امرأةٍ نُكِحَتْ بغيرِ إذنِ مواليها**» دَلَّ ذِكْرُ الموالي على أنّ المُرادَ من المرأةِ الأمةُ فيكونُ عَمَلاً بالدّلائلِ أجمع.

وأمّا قولُ محمّدٍ: إنّ للوَليِّ حَقًّا في النّكاحِ، فنقول: الحقُّ في النّكاحِ لها على الوَليِّ لا للوَليِّ عليها بدليلِ أنّها تُزَوِّجُ على الوَليِّ إذا غابَ غَيْبةً مُنْقَطِعةً، وإذا كان حاضِرًا يُجْبَرُ على التّزْويجِ وإذا أبَى وعَضَلَ تُزَوِّجُ عليه، والمرأةُ لا تُجْبَرُ على النّكاحِ إذا أبَتْ وأرادَ الوَليُّ، فدَلَّ أنّ الحقَّ لها عليه، ومَنْ ترك حَقَّ نفسِه في عَقْدٍ له قِبَلَ غيرِه لم يوجب ذلك فسادَه على أنّه إنْ كان للوَليِّ فيه ضَرْبُ حَقٍّ لكنّ أثرَه في المنعِ من اللُّزومِ إذا زَوّجَتْ نفسَها من غيرِ كُفْءٍ لا في المنعِ من النّفاذِ والجوازِ؛ لأنّ في حَقِّ الأولياءِ في النّكاحِ من حيث صيانَتُهم عَمّا يلحَقُهم من الشّينِ والعارِ بنِسبةِ عَدا (٣) الكُفْءِ إليهم بالصِّهْريّةِ، فإنْ زَوّجَتْ نفسَها من كُفْءٍ فقد حَصَلَتِ الصِّيانةُ فزالَ المانِعُ من اللُّزومِ فيلزَمُ، وإنْ تَزَوّجَتْ من غيرِ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) أخرجه مالك، كتاب: الطلاق، باب: ما لا يبين من التمليك، برقم (١١٨٢)، وعبد الرزاق في مصنفه (٧/ ٣)، حديث (١١٩٤٧)، وسعيد بن منصور في السنن (١/ ٤٢٩)، حديث (١٦٦٢)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١١٢). وقال الحافظ في الدراية (٢/ ٦٠): «أخرجه مالك بإسناد صحيح».

(٣) في المخطوط: «غير».

كُفْءٍ فبقي النّفاذ - إنْ كان - ضَرَرٌ بالأولياءِ، وفي عَدَمِ النّفاذِ ضَرَرٌ بها بإبطالِ أهليّتِها، والأصلُ في الضّرَرَيْنِ إذا اجتمعا أنْ يدفَعا ما أمكَنَ، وههنا أمكَنَ دَفْعُهما بأنْ نقولَ بنَفاذِ النِّكاحِ دَفْعًا للضَّرَرِ عنها وبِعَدَمِ اللُّزومِ وثُبوتِ ولايةِ الاعتِراضِ للأولياءِ دَفْعًا للضَّرَرِ عنهم، ولِهذا نَظيرٌ في الشّريعةِ [1] فإنّ العبدَ المشترك بين اثْنَيْنِ إذا كاتَبَ أحدَهما نَصيبَه (فقد دَفَعَ الضّرَرَ) [2] عنه حتّى لو أدّى بَدَلَ الكتابةِ يُعتقُ، ولكنّه لم يلزَمْه حتّى كان للشَّريكِ الآخرِ حَقُّ فسخِ الكتابةِ قبلَ أداءِ البدلِ دَفْعًا للضَّرَرِ عنه.

وكذا العبدُ إذا أحرم بحَجَّةٍ أو بعُمْرةٍ صَحَّ إحرامُه حتّى لو أُعتِقَ يمضي في إحرامِه لكنّه لم يلزَمْه حتّى إنّ للمولى أنْ يُحَلِّلَه دَفْعًا للضَّرَرِ عنه، وكذا للشَّفيعِ حَقُّ تَمَلُّكِ الدّارِ بالشُّفْعةِ دَفْعًا للضَّرَرِ عن نفسِه، ثمّ لو وهَبَ المشتَري الدّارَ نَفَذَتْ هِبَتُه دَفْعًا [للضَّرَرِ عنه لكنّها لا تَلْزَمُ حتّى للشَّفيعِ حَقُّ قبضِ الهِبةِ والأخذُ بالشُّفْعةِ دَفْعًا للضَّرَرِ] [3] عن نفسِه كذا هذا.

فصل [في شرط التقدم]

وأمّا شرطُ التّقَدُّمِ [فشيئانِ:

أحدُهما: العُصُوبةُ عندَ أبي حنيفةَ، فتُقَدَّمُ العصَبةُ على ذَوِي الرّحِمِ سَواءً كانتِ العصَبةُ أقرَبُ أو أبعَدُ، وعندَهما هي شرطُ ثُبوتِ أصلِ الولايةِ على ما مرَّ.

والثّاني:] [4] قربُ [5] القرابةِ يتقَدَّمُ الأقرَبُ على الأبعَدِ سَواءً كان في العصَباتِ أو في غيرِها على أصلِ أبي حنيفةَ وعلى أصلِهما هذا شرطُ التّقَدُّمِ لكنْ في العصَباتِ خاصّةً بناءً على أنّ العصَباتِ شرطُ ثُبوتِ أصلِ الولايةِ عندَهما وعندَه هي شرطُ التّقَدُّمِ على غيرِهم [6] من القراباتِ، فما دامَ ثَمَّةَ عَصَبةٍ فالولايةُ لهم يتقَدَّمُ الأقرَبُ منهم على الأبعَدِ، وعندَ عَدَمِ العصَباتِ تَثبُتُ الولايةُ لذَوِي الرّحِمِ الأقرَبُ منهم يتقَدَّمُ على الأبعَدِ وإنّما اعتُبِرَ الأقرَبُ فالأقرَبُ في الولايةِ؛ لأنّ هذه ولايةُ نَظَرٍ، وتَصَرُّفُ الأقرَبِ أنْظَرُ في حَقِّ المولّى عليه؛ لأنّه أشفَقُ فكان هو أولى من الأبعَدِ؛ ولأنّ القرابةَ [7] إنْ كانتِ استحقاقُها

---

(١) في المخطوط: «الشرع».
(٢) في المخطوط: «نقد دفعًا للضرر».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «فقرب».
(٦) في المخطوط: «غيرها».
(٧) في المخطوط: «الولاية».

بالتّعصيبِ كما قالا فالأبعَدُ لا يكونُ عَصَبةً مع الأقرَبِ فلا يَلي معه، ولَئِنْ كان استحقاقُها بالوِراثةِ - كما قال أبو حنيفةَ - فالأبعَدُ لا يَرِثُ مع الأقرَبِ فلا يكونُ وليًّا معه، وإذا عُرِفَ هذا فنقول: إذا اجتمع الأبُ والجدُّ في الصّغيرِ والصّغيرةِ والمجنونِ الكبيرِ والمجنونةِ الكبيرةِ فالأبُ أولى من الجدِّ أبِ الأبِ [لِوُجودِ العُصُوبةِ والقربِ] [1]، والجدُّ أب الأبِ وإنْ عَلا أولى من الأخِ لأبٍ وأمٍّ أو لأبٍ، والأخُ أولى من العمِّ هكذا. وعندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ الجدُّ والأخُ سَواءٌ كما في الميراثِ فإنّ الأخَ لا يَرِثُ مع الجدِّ عندَه فكان بمنزِلةِ الأجنبيِّ. وعندَهما يَشْتَرِكانِ في الميراثِ، فكانا كالأخَوَيْنِ وإنِ اجتمع الأبُ والابنُ في المجنونةِ فالابنُ أولى عندَ أبي يوسفَ.

وذكر القاضي في شرحِه مختصَرَ الطّحاوِيِّ قولَ أبي حنيفةَ مع قولِ أبي يوسفَ ورَوَى المُعَلَّى عن أبي يوسفَ أنّه قال: أيُّهما زَوّجَ جاز وإنِ اجتمعا قُلْتُ للأبِ زَوِّجْ. وقال محمّدٌ: الأبُ أولى به.

(وجه قولِه): إنّ هذه الولايةَ تَثْبُتُ نَظَرًا للمولَّى عليه، وتَصَرُّفُ الأبِ أنْظَرُ لها لأنّه أشفَقُ عليها من الابنِ؛ ولِهذا كان هو أولى بالتّصَرُّفِ في مالِها؛ ولأنّ الأبَ من قَوْمِها والابنُ ليس منهم ألا ترى أنّه يُنْسَبُ إلى أبيه؟ فكان إثباتُ الولايةِ عليها لقرابَتِها أولى [٢/١٣أ].

(وجه قولِ ابي يوسفَ): أنّ ولايةَ التّزْويجِ مَبنيّةٌ على العُصُوبةِ، والأبُ مع الابنِ إذا اجتمعا فالابنُ هو العصَبةُ والأبُ صاحِبُ فرضٍ، فكان كالأخِ لأمٍّ مع الأخِ لأبٍ وأمٍّ.

(وجه روايةِ المُعَلَّى): أنّه وُجِدَ في كُلِّ واحِدٍ منهما ما هو سببُ التّقدُّم أمّا الأبُ: فلأنّه من قَوْمِها وهو أشفَقُ عليها، وأمّا الابنُ: فلأنّه يَرِثُها بالتّعصيبِ، وكُلُّ واحِدٍ من هَذَيْنِ سببُ التّقدُّمِ فأيُّهما زَوّجَ جاز، وعندَ الاجتِماعِ يُقَدَّمُ الأبُ تَعظيمًا واحتِرامًا له، وكذلك إذا اجتمع الأبُ وابنُ الابنِ وإنْ سَفَلَ فهو على هذا الخلافِ، والأفضلُ في المسألَتَيْنِ أنْ يُفَوِّضَ الابنُ الإنْكاحَ [2] إلى الأبِ احتِرامًا للأبِ واحتِرازًا عن موضِعِ الخلافِ.

وعلى هذا الخلافِ إذا اجتمع الجدُّ والابنُ قال أبو يوسفَ: الابنُ أولى. وقال محمّدٌ:

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «النكاح».

الجدُّ أولى. والوجه من الجانِبَيْنِ على نحوِ ما ذكرنا، فأمَّا الأخُ والجدُّ: فهو على الخلافِ الذي ذكرنا بين أبي حنيفةَ وصاحِبَيْه.

وأمَّا من غيرِ العصَباتِ: فكُلُّ مَنْ يَرِثُ يُزَوِّجُ عندَ أبي حنيفةَ ومَنْ لا فلا، وبيانُ مَنْ يَرِثُ منهم ومَنْ لا يَرِثُ يُعرَفُ في كتابِ الفرائضِ، ثمّ إنّما يتقَدَّمُ الأقرَبُ على الأبعَدِ إذا كان الأقرَبُ حاضِرًا أو غائبًا غَيْبةً غيرَ مُنْقَطِعةٍ، فأمَّا إذا كان غائبًا غَيْبةً مُنْقَطِعةً فللأبعَدِ أنْ يُزَوِّجَ في قولِ أصحابِنا الثّلاثةِ، وعندَ زُفر لا ولايةَ للأبعَدِ مع قيامِ الأقرَبِ بحالٍ[1]. وقال الشّافعيُّ: يُزَوِّجُها السّلْطانُ[2].

واختلف مشايِخُنا في ولايةِ الأقرَبِ أنّها تَزولُ بالغيْبةِ أو تَبْقى.

قال بعضهم: إنّها باقيةٌ إلاَّ إنْ[3] حَدَثَتْ للأبعَدِ ولايةٌ لغَيْبةِ الأقرَبِ فيَصيرُ كأنّ لها وليّيْنِ مُستَوِيَيْنِ في الدّرَجةِ كالأخوَيْنِ والعمَّيْنِ.

وقال بعضهم: تَزولُ ولايَتُه وتنتقِلُ إلى الأبعَدِ وهو الأصَحُّ.

(وجه قولِ زُفر): أنّ ولايةَ الأقرَبِ قائمةٌ لقيامِ سببِ ثُبوتِ الولايةِ - وهو القرابةُ القريبةُ - ولِهذا لو زَوّجَها حيث هو يجوزُ فقيامُ ولايَتِه تَمْنَعُ الانتِقال إلى غيرِه والشّافعيُّ يقولُ: إنّ ولايةَ الأقرَبِ باقيةٌ كما قال زُفَرُ إلاَّ أنّه امتُنِعَ دَفْعُ حاجَتِها من قِبَلِ الأقرَبِ مع قيامِ ولايَتِه عليها بسببِ الغيْبةِ، فتَثْبُتُ الولايةُ للسُّلْطانِ، كما إذا خَطَبَها كُفْءٌ وامتَنَعَ الوَليُّ من تَزْويجِها منه أنّ للقاضي أنْ يُزَوِّجَها، [والقاضي][4] والجامعُ بينهما دَفْعُ الضّرَرِ عن الصّغيرةِ.

(ولَنا): أنّ ثُبوتَ الولايةِ للأبعَدِ زيادةُ نَظَرٍ في حَقِّ العاجِزِ فتَثْبُتُ له الولايةُ كما في الأبِ مع الجدِّ إذا كانا حاضِرَيْنِ، ودَلالةُ ما قلنا أنّ الأبعَدَ أقدَرُ على تحصيلِ النّظَرِ للعاجِزِ لأنّ مَصالِحَ النّكاحِ مُضَمَّنةٌ تحت الكفاءةِ والمهرِ ولا شَكَّ أنّ الأبعَدَ مُتَمَكِّنٌ من إحرازِ الكُفْءِ الحاضِرِ بحيث لا يَفوتُه غالِبًا، والأقرَبُ الغائبُ غَيْبةً مُنْقَطِعةً لا يقدِرُ على إحرازِه غالِبًا؛

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٢٥٣)، المبسوط (٤/ ٢٢٠).

(٢) مذهب الشافعية: إن كان أولاهم بها مفقودًا أو غائبًا بعيدة كانت غيبته أم قريبة، زوجها السلطان بعد أن يرضى الخاطب ويحضر أقرب ولاتها، انظر: مختصر المزني ص (١٦٥).

(٣) في المخطوط: «أنه».

(٤) زيادة من المخطوط.

لأنّ الكُفْءَ الحاضِرَ لا يَنْتَظِرُ حُضورَه واستِطْلاعَ رأيِه غالِبًا.

وكذا الكُفْءُ المُطْلَقُ؛ لأنّ المرأةَ تُخطَبُ حيث هي عادةً، فكان الأبعَدُ أقدَرَ على إحرازِ الكُفْءِ من الأقرَبِ، فكان أقدَرَ على إحرازِ النّظَرِ، فكان أولى بثُبوتِ الوَلايةِ [له] [(١)] إذِ المرجوحُ في مُقابَلةِ الرّاجِحِ مُلْحَقٌ بالعدَمِ في الأحكامِ كما في الأبِ مع الجدِّ.

وأمّا قوله: «إنّ ولايةَ الأقرَبِ قائمةٌ» فمَمْنوعٌ ولا نُسَلِّمُ أنّه يجوزُ إنْكاحُه، بل لا يجوزُ فوَلايَتُه مُنْقَطِعةٌ بواحِدةٍ.

وقد رُوِيَ عن أصحابِنا ما يَدُلُّ على هذا فإنّهم قالوا: إنّ الأقرَبَ إذا كتب كتابًا إلى الأبعَدِ ليُقَدِّمَ رجلًا في الصّلاةِ على جِنازةِ الصّغيرِ فإنّ للأبعَدِ أنْ يمتَنِعَ عن ذلك. ولو كانتْ ولايةُ الأقرَبِ قائمةً لَما كان له الامتِناعُ كما إذا كان الأقرَبُ حاضِرًا فقَدَّمَ رجلًا ليس للأبعَدِ ولايةُ المنْعِ، والمعقولُ يَدُلُّ عليه وهو أنّ ثُبوتَ الوَلايةِ لحاجةِ المولَّى عليه ولا مَدْفَعَ لحاجَتِه برأيِ الأقرَبِ لخُروجِه من أنْ يكونَ مُنْتفعًا به بالغيْبةِ فكان مُلْحَقًا بالعدَمِ، فصار كأنّه جُنّ أو ماتَ إذِ الموجودُ الذي لا يُنْتفَعُ به، والعدَمُ الأصليّ سَواءٌ؛ ولأنّ القولَ بثُبوتِ الوَلايةِ للأبعَدِ مع ولايةِ الأقرَبِ يُؤَدّي إلى الفسادِ؛ لأنّ الأقرَبَ رُبّما يُزَوِّجُها من إنسانٍ حيث هو ولا يَعلَمُ الأبعَدُ بذلك فيُزَوِّجُها من غيرِه فيَطَؤُها الزّوْجُ الثّاني ويَجيءُ بالأولادِ ثمّ يظهرُ أنّها زَوْجةُ الأوّلِ وفيه من الفسادِ ما لا يخفى. ثمّ إنْ سَلَّمْنا على قولِ بعضِ المشايخِ فلا تَنافيَ بين الوَلايتيْنِ، فأيُّهما زَوّجَ جاز كما إذا كان لها أخَوانِ أو عَمّانِ في دَرَجةٍ واحِدةٍ، وفيه كمالُ النّظَرِ في حَقِّ العاجِزِ؛ لأنّ الكُفْءَ إنِ اتّفَقَ حيث الأبعَدُ [٢/ ١٣ب] زَوّجَها منه [وإنِ اتّفَقَ حيث الأقرَبُ زَوّجَها منه] [(٢)] فيَكْمُلُ النّظَرُ إلاّ أنّ في حالِ الحضْرةِ يُرَجَّحُ الأقرَبُ باعتِبارِ زيادةِ الشّفَقةِ لزيادةِ القرابةِ، وبه تَبيّنَ أنْ نَقْلَ الوَلايةِ إلى السّلْطانِ باطِلٌ؛ لأنّ السّلْطانَ وليُّ مَنْ لا وليّ له، وههنا لها وليٌّ أو وليّانِ، فلا تَثْبُتُ الوَلايةُ للسُّلْطانِ إلاّ عندَ العضْلِ من الوَليِّ ولم يوجَدْ -واللّه الموفِّقُ-.

واختلفتِ الأقاويلُ في تحديدِ الغيْبةِ المُنْقَطِعةِ.

وعن أبي يوسفَ روايتانِ:

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) ليست في المخطوط.

في روايةٍ قال: ما بين بَغْدادَ والرّيِّ.

وفي روايةٍ: مَسيرةُ شهرٍ فصاعِدًا وما دونَه ليس بغَيْبةٍ مُنْقَطِعةٍ.

وعن محمّدٍ روايتانِ أيضًا:

رُوِيَ عنه ما بين الكوفةِ إلى [1] الرّيِّ.

ورُوِيَ عنه من الرّقَّةِ إلى البصْرةِ.

وذكر ابنُ شُجاعٍ إذا كان غائبًا في موضِعٍ لا تَصِلُ إليه القوافِلُ والرّسُلُ في السّنةِ إلاَّ مرّةً واحِدةً فهو غَيْبةٌ مُنْقَطِعةٌ، وإذا [2] كانتِ القوافِلُ تَصِلُ إليه في السّنةِ غيرَ مرّةٍ فليستْ بمُنْقَطِعةٍ. وعن الشّيخِ الإمامِ أبي بكْرٍ محمّدِ بنِ الفضْلِ البُخاريِّ أنّه قال: إنْ كان الأقرَبُ في موضِعٍ يُفَوِّتُ الكُفْءَ الخاطِبَ باستِطْلاعِ رأيِه فهو غَيْبةٌ مُنْقَطِعةٌ، وإنْ كان لا يُفَوِّتُ فليستْ بمُنْقَطِعةٍ، وهذا أقرَبُ إلى الفقه؛ لأنّ التّعويلَ [في الوَلايةِ] [3] على تحصيلِ النّظَرِ للمولَّى عليه ودَفْعِ الضّررِ عنه. وذلك فيما قاله هذا إذا اجتمع في الصّغيرِ والصّغيرةِ والمجنونِ الكبيرِ والمجنونةِ الكبيرةِ وليّانِ أحدُهما أقرَبُ والآخَرُ أبعَدُ فأمّا إذا كانا في الدّرَجةِ سَواءً [4] كالأخَوَيْنِ والعمَّيْنِ ونحوِ ذلك، فلِكُلِّ واحِدٍ منهما على حيالِه أنْ يُزَوِّجَ رَضيَ الآخَرُ أو سَخطَ بعدَ أنْ كان التّزْويجُ من كُفْءٍ بمَهْرٍ وافرٍ، وهذا قولُ عامَّةِ العُلَماءِ.

وقال مالِكٌ: ليس لأحدِ الأولياءِ ولايةُ الإنْكاحِ ما لم يَجْتَمِعوا[5] بناءً على أنّ هذه الوَلايةَ ولايةُ شَرِكةٍ عندَه، وعندَنا وعندَ العامَّةِ ولايةُ استِبْدادٍ.

(وجه قولِه): أنّ سببَ هذه الوَلايةِ هو القرابةُ وأنّها مشتركةٌ بينهم فكانتِ الولايةُ مشتركةً؛ لأنّ الحكمَ يَثْبُتُ على وفْقِ العِلَّةِ وصار كوَلايةِ المِلْكِ فإنّ الجاريةَ بين اثْنَيْنِ [6] إذا زَوّجَها أحدُهما لا يجوزُ من غيرِ رِضا الآخَرِ لما قلنا كذا هذا.

---

(١) في المخطوط: «و».
(٢) في المخطوط: «إن».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «على السواء».
(٥) انظر في مذهب المالكية: المنتقى في شرح الموطأ (٣/ ٢٦٨)، مواهب الجليل (٣/ ٤٣٩)، الخرشي (٣/ ١٩١)، الفواكه الدواني (٢/ ٧)، منح الجليل (٣/ ٢٩٥).
(٦) في المخطوط: «الجانبين».

(ولنا): أنّ الوَلايةَ لا تَتَجَزَّأُ؛ [لأنّها] [(١)] ثبتتْ بسببٍ لا يتجزَّأُ - وهو القرابةُ - وما لا يتجزَّأُ إذا ثبت بجَماعةٍ سببٌ لا يتجزَّأُ يَثْبُتُ لكُلِّ واحِدٍ منهم على الكمالِ كأنّه ليس معه غيرُه كوَلايةِ الأمانِ بخلافِ ولايةِ المِلْكِ لأنّ سببَها المِلْكُ وأنّه مُتَجَزِّئٌ فيتقدَّرُ بقدرِ المِلْكِ فإنْ زَوّجَها كُلُّ واحِدٍ من الوَليَّيْنِ رجلاً على حِدةٍ فإنْ وقَعَ العقدانِ مَعًا بَطَلا جميعًا؛ لأنّه لا سبيلَ إلى الجمعِ بينهما، وليس أحدُهما أولى من الآخرِ، وإنْ وقَعا مُرَتَّبًا فإنْ كان لا يُدْرى السّابِقُ فكذلك لما قلنا، ولأنّه لو جاز لَجاز بالتّجَزّي ولا يجوزُ العملُ بالتّجْزيءِ في الفُروجِ، وإنْ عُلِمَ السّابِقُ منهما من اللاّحِقِ جاز الأوّلُ ولم يَجز الآخَرُ.

وقد رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**إذا نَكَحَ الوَليّانِ فالأوّلُ أحَقُّ**»[(٢)].

وأمّا إذا زَوّجَ أحدُ الأولياءِ الحُرّةَ البالِغةَ العاقِلةَ برِضاها من غيرِ كُفْءٍ بغيرِ رِضا الباقينَ فحكمُه يُذْكَرُ - إنْ شاء اللّه تعالى - في شَرائطِ اللُّزومِ.

فصل [في ولاية الولاء]

وأمّا ولايةُ الوَلاءِ فسببُ ثُبوتِها [هو] [(٣)] الوَلاءُ، قال النّبيُّ ﷺ: «**الوَلاءُ لُحمةٌ كلُحمةِ النّسَبِ**»[(٤)] ثمّ النّسَبُ سببٌ لثُبوتِ الوَلايةِ كذا الوَلاءُ والوَلاءُ نوعانِ:

ولاءُ عَتاقةٍ، ووَلاءُ موالاةٍ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) رواه بهذا اللفظ الشافعي في مسنده (ص٢٧٦)، عن عقبة بن عامر. والطبراني في الأوسط (٥/ ٣٣٦)، حديث (٥٤٧٩)، عن سمرة بن جندب. والبيهقي في الكبرى (٧/ ٣٧٢)، ورواه ابن أبي شيبة في المصنف (٣/ ٤٦٠)، وعبد الرزاق مرسلاً (٦/ ٢٣٢)، حديث (١٠٦٣٠)، والطبراني في الكبير (٧/ ٢٠٣)، حديث (٦٨٤٣)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٣٩)، حديث (١٣٥٧٢)، وغيرهم بلفظ: «إذا أنكح الوليان فهي للأول». وانظر خلاصة البدر المنير (٢/ ١٩١)، (١٩٥٧)، والتلخيص الحبير (٣/ ١٦٥)، والتحقيق لابن الجوزي (٢/ ٢٧٢).

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) رواه الشافعي في مسنده، ص (٣٣٨)، والأزدي في مسنده، ص (٢٦١)، وابن حبان في صحيحه (١١/ ٣٢٥، ٣٢٦)، حديث (٤٩٥٠)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٣٧٩)، حديث (٧٩٩٠)، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ورواه البيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٩٢)، حديث (٢١٢٢٢)، والطبراني في الأوسط (٢/ ٨٢)، حديث (١٣١٨)، وانظر: علل ابن أبي حاتم (٢/ ٥٣)، التلخيص الحبير (٣/ ١٦٢)، خلاصة البدر المنير (٢/ ١٨٩)، نصب الراية (٤/ ١٥١)، وهو صحيح، وانظر الإرواء (١٦٦٨).

أمّا ولاء العتاقةِ: فوَلايةُ ولاءِ العتاقةِ نوعانِ:

ولايةُ حَتْمٍ وإيجابٍ.

ووَلايةُ نَدْبٍ واستحبابٍ عندَ أبي حنيفةَ.

وعندَ محمّدٍ ولايةُ استِبْدادٍ ووَلايةُ شَرِكةٍ على ما بَيّنّا في ولايةِ القرابةِ. وشرطُ ثُبوتِ هذه الوَلايةِ ما هو شرطُ ثُبوتِ تلك الوَلايةِ إلاّ أنّ هذه الوَلايةَ اختَصّتْ بشرطٍ وهو أنْ لا يكونَ للمُعتقِ عَصَبةٌ من جِهةِ القرابةِ، فإنْ كان [1] فلا ولايةَ للمُعتِقِ؛ لأنّه لا ولاءَ له لأنّ مولى العتاقةِ آخِرُ العصَباتِ، وإنْ لم يكنْ ثَمّةَ عَصَبةٌ من جِهةِ القربةِ فلَه أنْ يُزَوِّجَ سَواءً كان المُعتقُ ذَكَرًا أو أُنْثَى. وأمّا مولى الموالاةِ فلَه ولايةُ التّزْوِيجِ في قولِ أبي حنيفةَ عندَ استِجْماعِ سائرِ الشّرائطِ وانعِدامِ سائرِ الوَرَثةِ؛ لأنّه آخِرُ الوَرَثةِ.

وعندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ ليس له ولايةُ التّزْوِيجِ أصلاً ورأسًا؛ لأنّ العُصُوبة شرط [الولاية] [2] عندَهما ولم توجَدْ.

فصل [في ولاية الإمامة]

وأمّا ولايةُ الإمامةِ [3] فسببُها الإمامةُ، ووَلايةُ الإمامةِ نوعانِ أيضًا كوَلايةِ القرابةِ وشرطُها ما هو شرطُ تلك الوَلايةِ في النّوْعَيْنِ جميعًا ولها شرطانِ آخَرانِ:

أحدُهما: يَعُمُّ النّوْعَيْنِ [٢/ ١٤أ] جميعًا وهو: أنْ لا يكونَ هناك وليٌّ أصلاً لقولِه ﷺ: **«السّلْطانُ وليُّ مَنْ لا وليّ له»** [4].

والثّاني: يَخُصُّ أحدَهما وهو ولايةُ النّدْبِ والاستحبابِ أو ولايةُ الشّرِكةِ على اختِلافِ الأصلِ وهو العَضْل من الوَليِّ؛ لأنّ الحُرّةَ البالِغةَ العاقِلةَ إذا طَلَبَتِ الإنْكاحَ من كُفْءٍ وجب عليه التّزْوِيجُ منه؛ لأنّه مَنْهيٌّ عن العضْلِ، والنّهْيُ عن الشّيءِ أمرٌ بضِدِّه فإذا امتَنَعَ فقد أضَرَّ بها والإمامُ نُصِّبَ لدَفْعِ الضّرَرِ فتنتقِلُ الوَلايةُ إليه، وليس للوَصيِّ ولايةُ الإنْكاحِ؛ لأنّه يتصَرّفُ بالأمرِ فلا يَعدو موضِعَ الأمرِ كالوَكيلِ وإنْ كان الميّتُ أوصَى إليه لا يملِكُ

---

(١) في المخطوط: «كانت».

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) في المخطوط: «الإمام».

(٤) تقدم قريبًا.

أيضًا؛ لأنّه أرادَ بالوِصايةِ إليه نَقْلَ ولايةِ الإنكاحِ وأنّها لا تحتمِلُ النّقْلَ حالَ الحياةِ كذا بعدَ الموتِ. وكذا الفُضوليُّ لانعِدامِ سببِ ثُبوتِ الوَلايةِ في حَقِّه أصلاً، ولو أنْكحَ يَنْعقِدُ موقوفًا على الإجازةِ عندَنا[1]، وعندَ الشّافعيِّ لا يَنْعَقِدُ أصلاً[2] (والمسألةُ سَتَأتي) [3] في كتابِ البُيوعِ إن شاء الله تعالى.

فصل [في الشهادة]

ومنها الشهادةُ وهي: حُضورُ الشُّهودِ، والكلامُ في هذا الشّرطِ في ثلاثِ مواضعَ.

احدُها: في بيانِ أنّ أصلَ الشّهادةِ شرطُ جوازِ النّكاحِ أم لا.

والثّاني: في بيانِ صِفاتِ الشّاهِدِ الذي يَنْعَقِدُ النّكاحُ بحُضورِه.

والثّالثُ: في بيانِ وقتِ الشّهادةِ.

امّا الأوّلُ: فقد اختلف أهلُ العلمِ فيه قال عامّةُ العُلَماءِ: إنّ الشّهادةَ شرطُ جوازِ النّكاحِ[4]. وقال مالِكٌ: ليستْ بشرطٍ[5] وإنّما الشّرطُ هو الإعلانُ حتّى لو عَقَدَ النّكاحَ وشَرَطَ الإعلانَ جاز وإنْ لم يحضُرْه شُهودٌ، ولو حضرتْه شُهودٌ وشَرَطَ عليهم الكِتْمانَ لم يَجز ولا خلافَ في أنّ الإشهادَ في سائرِ العُقودِ ليس بشرطٍ ولكنّه مندوبٌ إليه ومُستَحَبٌّ قال اللّه تعالى في بابِ المُدايَنةِ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة:٢٨٢] والكتابةُ لا تكونُ لنفسِها بل للإشهادِ، ونَصّ عليه [6] في قولِه: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ﴾ [البقرة:٢٨٢] وقال عزَّ وجَلَّ في باب الرجعةِ: ﴿وَأَشۡهِدُواْ

(١) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٤٨٧)، مختصر الطحاوى ص ١٧٤، شرح فتح القدير (٣/ ٣٠٧)، البناية في شرح الهداية (٤/ ٦٣٧)، رد المحتار (٣/ ٩٧).

(٢) مذهب الشافعية: أن تصرفات الفضولي كلها باطلة، انظر: الهداية (٢/ ٤٨٧).

(٣) في المخطوط: «ونذكر المسألة».

(٤) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٤٦٠، ٤٦١)، المبسوط (٣/ ٣٠)، فتح القدير (٣/ ١٩٩)، البناية في شرح الهداية (٤/ ٤٩١، ٤٩٢).

(٥) مذهب المالكية: أن الإشهاد ليس شرطًا في صحة النكاح بل هو واجب مستقل، وهو مندوب عند العقد بحيث إن حصل الإشهاد عند العقد فقد حصل المندوب والواجب، وإن لم يحصل عند العقد صح إذا أعلنوا، انظر: الهداية (٢/ ٤٦٠، ٤٦١)، المدونة (٢/ ١٥٨)، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه (٢/ ٢١٦).

(٦) زاد في المخطوط: «بقوله».

ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق:٢] .

(وجه قول مالكٍ): أنّ النّكاحَ إنّما يمتازُ عن السِّفاحِ بالإعلانِ فإنّ [(١)] الزّنا يكونُ سِرًّا فيجبُ أنْ يكونَ النّكاحُ عَلانيةً .

وقد رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه **«نَهَى عن نِكاحِ السِّرّ»**[(٢)] والنّهْيُ عن السِّرِّ يكونُ أمرًا بالإعلانِ؛ لأنّ النّهْيَ عن الشّيءِ أمرٌ بضِدِّه، ورُوِيَ عنه ﷺ أنّه قال: **«أعلِنوا النّكاحَ ولو بالدُّفّ»**[(٣)] .

(ولَنا): ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: **«لا نِكاحَ إلاّ بشُهودٍ»**[(٤)]، ورُوِيَ: **«لا نِكاحَ إلاّ بشاهِدَيْنِ»** .

وعن عبدِ اللّه بنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: **«الزّانيةُ التي تُنْكِحُ**

---

(١) في المخطوط: «وإن».

(٢) رواه عبد الله بن أحمد في زوائده على المسند (٤/ ٧٧) عن يحيى المازنى عن جده أبي حسن تميم بن عبد عمرو ، أن النبي ﷺ كان يكره نكاح السر حتى يُضرب بدف ويقال:

أتيناكم أتيناكم فحيونا نُحَييكم

وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ٢٨٩): فيه حسين بن عبد الله بن ضميرة ، وهو متروك. وضعفه الشيخ الألباني في الإرواء (١٩٩٦). وروى الطبراني في الأوسط (٧/ ٦٨)، حديث (٦٨٧٤) عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن نكاح السر، وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ٢٨٥): رواه الطبراني في الأوسط عن محمد ابن عبد الصمد بن أبي الجراح ولم يتكلم فيه أحد ، وبقية رجاله ثقات. وروى مالك في الموطأ، حديث (١١١٤)، ومن طريقه الشافعي في مسنده، ص (٢٩١)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٢٦)، حديث (١٣٥٠٤) أن عمر بن الخطاب أتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة ، فقال: هذا نكاح السر، ولا أجيزه، ولو كنت تقدمت فيه لرجمتُ.

(٣) **الحديث بهذا التمام ضعيف**: رواه الترمذي، كتاب النكاح، باب: ما جاء في إعلان النكاح ، حديث (١٠٨٩)، عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «أعلنوا هذا النكاح، واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدفوف». قال الترمذي: حديث غريب حسن في هذا الباب، وعيسى بن ميمون الأنصاري يُضعف في الحديث، ورواه ابن ماجه، كتاب النكاح، باب: إعلان النكاح، حديث (١٨٩٥)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٢٩٠)، حديث (١٤٤٧٥)، عن عائشة أيضًا أن النبي ﷺ قال: «أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالغربال»، قال البوصيرى في مصباح الزجاجة (٢/ ١٠٥): هذا إسناد فيه خالد بن إلياس أبو الهيثم العدوى، وهو ضعيف، بل نسبه إلى الوضع ابن حبان والحاكم وأبو سعيد النقاش، وأورده ابن الجوزى في العلل المتناهية من طريق خالد بن إلياس وضعف الحديث بسببه- وضعفه ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٢/ ٤٤٢)، حديث (٢٩١٤)، وابن حجر في التلخيص الحبير (٤/ ٢٠١)، والألباني في ضعيف الجامع (٩٦٦)، وصحح الحديث بالإعلان فقط، انظر آداب الزفاف للألباني (ص ١١١).

(٤) تقدم.

نفسَها بغيرِ بيِّنةٍ»[١] ولو لم تكُنِ الشّهادةُ شرطًا لم تكُنْ زانيةً بدونِها، ولأنّ الحاجةَ مَسَّتْ إلى دَفْعِ تُهْمةِ الزِّنا عنها ولا تندَفِعُ إلاَّ بالشُّهودِ؛ لأنّها لا تندَفِعُ إلاَّ بظُهورِ النّكاحِ واشتِهارِه ولا يَشْتَهِرُ إلاَّ بقولِ الشُّهودِ وبه تبَيّنَ أنّ الشّهادةَ في النّكاحِ ما شُرِطَتْ [إلاَّ في النّكاحِ][٢] للحاجةِ إلى دَفْعِ الجُحودِ والإنْكارِ؛ لأنّ ذلك يَنْدَفِعُ بالظُّهورِ والاشتِهارِ لكَثْرةِ الشُّهودِ على النِّكاحِ بالسّماعِ من العاقِدَيْنِ وبالتّسامُعِ وبهذا فارَقَ سائرَ العُقودِ فإنّ الحاجةَ إلى الشّهادةِ هناك لدَفْعِ احتِمالِ الشُّهودِ النِّسيانَ أو[٣] الجُحودَ والإنْكارَ في الثّاني إذْ ليس بعدَها ما يُشْهِرُها ليَنْدَفِعَ به الجُحودُ فتقَعُ الحاجةُ إلى الدّفْعِ بالشّهادةِ فنُدِبَ إليها، وما رُوِيَ أنّه نَهى عَن نِكاحِ السِّرِّ فنقول: بموجِبه لكنّ نِكاحَ السِّرِّ ما لم يحضُرْه شاهِدانِ فأمّا ما حضره شاهِدانِ فهو نِكاحُ عَلانيةٍ لا نِكاحَ سِرٍّ إذِ السِّرُّ إذا جاوَزَ اثْنَيْنِ خرج من أنْ يكونَ سِرًّا.

قال الشّاعِرُ:

وسِرُّكَ ما كان عندَ امرِئٍ ... وسِرُّ الثّلاثةِ غيرُ الخفي

وكذلك قولُه ﷺ: «أعلِنوا النّكاحَ»[٤] لأنّهما إذا أحضَراه شاهِدَيْنِ فقد أعلَناه وقولُه ﷺ: «ولو بالدُّفِّ»[٥] نَدْبٌ إلى زيادةِ إعْلانه وهو مندوبٌ إليه - واللّه عزَّ وجَلَّ الموَفِّقُ-.

فصل [في صفات الشاهد]

وأمّا صِفاتُ الشّاهِدِ الذي يَنْعَقِدُ به النّكاحُ وهي شَرائطُ تَحَمُّلِ الشّهادةِ للنّكاحِ فمنها: العقلُ ومنها البُلوغُ ومنها الحُرِّيّةُ فلا يَنْعَقِدُ النّكاحُ بحَضْرةِ المجانينَ والصِّبْيانِ والمماليكِ قِنًّا كان المملوكُ أو مُدَبّرًا أو مُكاتبًا.

---

(١) رواه ابن ماجه في كتاب النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، حديث (١٨٨٢)، والدارقطني في سننه (٣/ ٢٢٧)، حديث (٢٥)، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تُزوج المرأةُ المرأةَ، ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التى تزوج نفسها». وانظر: الدراية (٢/ ٦١)، التلخيص الحبير (٣/ ١٥٧)، خلاصة البدر المنير (٢/ ١٨٧)، نصب الراية (٣/ ١٨٨)، مصباح الزجاجة (٢/ ١٠٤)، وصحح الحديث الألباني في صحيح الجامع (٧٢٩٨)، بدون جملة: فإن الزانية هي التي تزوج نفسها.

(٢) ليست في المخطوط. (٣) في المخطوط: «و».

(٤) أخرجه الترمذي، كتاب: النكاح، باب: ما جاء في إعلان النكاح، برقم (١٠٨٩)، وابن ماجه، (١٨٩٥)، والحديث ضعفه الألباني في ضعيف جامع الترمذي.

(٥) لم أقف عليه بهذا السياق.

من مشايِخنا مَنْ أصّلَ في هذا أصلاً فقال: كُلُّ مَنْ صَلُحَ أنْ يكونَ وليًّا في النّكاحِ بوَلايةِ نفسِه يصلُحُ شاهِدًا فيه وإلاَّ فلا وهذا الاعتِبارُ صحيحٌ؛ لأنّ الشّهادةَ من بابِ الوَلايةِ؛ لأنّها تنفيذُ القولِ على الغيرِ، والوَلايةُ هي نَفاذُ المشيئةِ وهَؤُلاءِ ليس لهم ولايةُ الإنْكاحِ؛ لأنّه لا ولايةَ لهم [٢/ ١٤ب] على أنفسِهم فكيفَ يكونُ لهم ولايةٌ على غيرِهم، إلاَّ المُكاتَبَ فإنّه يُزَوِّجُ أمَتَه لكنْ لا بوَلايةِ نفسِه بل بوَلايةِ مولاه بتسليطِه على ذلك بعَقْدِ الكتابةِ وكَأنّ (١) التّزْوِيجَ من المولى من حيث المعنى فلا يصلُحُ شاهِدًا.

ومنهم من قال كُلُّ مَنْ يملِكُ قَبولَ عَقْدٍ بنفسِه يَنْعَقِدُ ذلك العقدُ بحُضورِه ومَنْ لا فلا، وهذا الاعتِبارُ صحيحٌ أيضًا؛ لأنّ الشّهادةَ من شَرائطِ رُكْنِ العقدِ، ورُكْنُه وهو الإيجابُ والقبولُ، ولا وُجودَ للرُّكْنِ بدونِ القبولِ فكما لا وُجودَ للرُّكْنِ بدونِ القبولِ حقيقةً لا وُجودَ له شرعًا بدونِ الشّهادةِ، وهَؤُلاءِ لا يملِكونَ قَبولَ العقدِ بأنفسِهم فلا يَنْعَقِدُ النِّكاحُ بحُضورِهم.

[والدّليلُ على أنّهم ليسوا من أهلِ الشّهادةِ أنّ قاضيًا لو قضَى بشهادَتِهم يَنْفَسِخُ قضاؤُه عليه] (٢).

وعن أبي يوسفَ - رحمه الله - أنّه أصّلَ فيه أصلاً وقال: كُلُّ مَنْ جاز الحكمُ بشهادَتِه في قولِ بعضِ الفُقَهاءِ يَنْعَقِدُ النِّكاحُ بحُضورِه ومَنْ لا يجوزُ الحكمُ بشهادَتِه عندَ أحدٍ لا يجوزُ (٣) بحُضورِه وهذا الاعتِبارُ صحيحٌ أيضًا؛ لأنّ الحُضورَ لفائدةِ الحكمِ بها عندَ الأداءِ فإذا جاز الحكمُ بها في الجُمْلةِ كان الحُضورُ مُفيدًا ولا يجوزُ الحكمُ بشهادةِ هَؤُلاءِ عندَ البعضِ (٤) من الفُقَهاءِ، ألا ترى أنّ قاضيًا لو قضَى بشهادَتِهم يَنْفَسِخُ عليه قضاؤُه؟.

فصل [في شرط الإسلام]

ومنها: الإسلامُ في نِكاحِ المسلمِ المسلمةَ فلا يَنْعَقِدُ نِكاحُ المسلمِ المسلمةَ بشهادةِ الكُفّارِ؛ لأنّ الكافرَ ليس من أهلِ الوَلايةِ على المسلمِ قال اللّه تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء:١٤١] وكذا لا يملِكُ الكافرُ قَبولَ نِكاحِ المسلمِ ولو قضَى

(١) في المخطوط: «فكان».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «ينعقد».
(٤) في المخطوط: «أحد».

قاضٍ بشهادَتِه على المسلمِ يُنْقضُ قضاؤُه.

وأمَّا المسلمُ إذا تزوّجَ ذِمِّيّةً بشهادةِ ذِمِّيّيْنِ فإنّه يجوزُ في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ سَواءٌ كانا موافِقَيْنِ لها في المِلَّةِ أو مُخالِفَيْنِ[١] وقال محمّدٌ وزُفَرُ والشّافعيُّ: لا يجوزُ نِكاحُ المسلمِ الذِّمّيّةَ بشهادةِ الذِّمّيّيْنِ[٢].

أمَّا الكلامُ مع الشّافعيِّ فهو مَبنيٌّ على أنّ شهادةَ أهلِ الذِّمَّةِ بعضِهم على بعضٍ مقبولةٌ على أصلِنا[٣] وعلى أصلِه غيرُ مقبولةٍ.

وأمَّا الكلامُ مع محمّدٍ وزُفر فإنّهما احتجَّا بما رُوِيَ عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال: «لا نِكاحَ إلاّ بوَليٍّ وشاهِدَيْ عَدْلٍ»[٤] والمُرادُ منه عَدالةُ الدِّينِ لا عَدالةُ التّعاطي لإجماعِنا على أنّ فِسقَ التّعاطي لا يمنَعُ انعِقادَ النّكاحِ، ولأنّ الإشهادَ[٥] شرطُ جوازِ العقدِ والعقدُ يتعلَّقُ وُجودُه بالطّرفيْنِ[٦] - طَرَفُ الزّوْجِ وطَرَفُ المرأةِ - ولم يوجَدِ الإشهادُ على الطّرفيْنِ؛ لأنّ شهادةَ الكافرِ حُجَّةٌ في حَقِّ الكافرِ ليستْ بحُجَّةٍ في حَقِّ المسلم فكانتْ شهادَتُه في حَقِّه مُلْحَقةً بالعدَمِ فلم يوجَدِ الإشهادُ في جانِبِ الزّوْجِ فصار كأنّهما[٧] سَمِعا كلامَ المرأةِ دونَ كلامِ الرّجُلِ ولو كان كذلك لم يكنِ[٨] النّكاحُ كذا هذا.

ولهما عُموماتُ النّكاحِ من الكتابِ والسّنّةِ نحوَ قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء:٣] وقولِه: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ [أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم][٩]﴾ [النساء:٢٤] وقولِ النّبيِّ ﷺ: «تَزوّجوا ولا تُطلّقوا»[١٠] وقولِه ﷺ: «تَناكَحوا» وغيرِ ذلك مُطْلَقًا عن

(١) انظر في مذهب الأحناف: الهداية (٢/ ٤٦٢)، مختصر الطحاوى (ص١٧٢)، القدورى (ص٦٨)، المبسوط (٥/ ٣٣)، رؤوس المسائل (ص٣٧٣).

(٢) مذهب الشافعية: أن الكافر ليس من أهل الشهادة على المسلم، فلا يعقد النكاح بشهادتهما. انظر: الأم (٥/ ٢٢)، المهذب (٢/ ٤١)، الوجيز (٢/ ٤)، المنهاج (ص٩٦).

(٣) في المخطوط: «أصل أصحابنا».

(٤) سبق تخريجه.

(٥) في المخطوط: «الشهادة».

(٦) في المخطوط: «بطرفيه».

(٧) في المخطوط: «كما لو».

(٨) في المخطوط: «يجز».

(٩) ليست في المخطوط.

(١٠) موضوع: رواه ابن عدي في الكامل (٥/ ١١٢)، والخطيب في تاريخ بغداد (١٢/ ١٩١)، في ترجمة عمرو بن جميع، وانظر كشف الخفاء (١/ ٣٦١)، حديث (٩٧٣)، وقال الألباني في ضعيف الجامع (٢٤٢٩): موضوع.

[غيرِ] [١] شرطٍ، إلاَّ أنّ أهلَ [٢] الشّهادةِ وإسلامَ الشّاهِدِ صار شرطًا في نِكاحِ الزّوْجَيْنِ المسلمَيْنِ بالإجماعِ فمَنِ ادَّعَى كونَه شرطًا في نِكاحِ المسلمِ الذِّمِّيّةَ فعليه الدّليلُ.

ورُوِيَ عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال: «لا نِكاحَ إلاَّ بشُهودٍ» [٣] ورُوِيَ: «لا نِكاحَ إلاَّ بشاهِدَينِ» والاستِثْناءُ من النّفْيِ إثباتٌ ظاهرٌ وهذا نِكاحٌ بشُهودٍ؛ لأنّ الشّهادةَ في اللُّغةِ عِبارةٌ عن الإعلامِ والبيانِ، والكافرُ من أهلِ الإعلامِ والبيانِ؛ لأنّ ذلك يَقِفُ على العقلِ واللِّسانِ والعلمِ بالمشهودِ به، وقد وُجِدَ إلاَّ أنّ شهادَتَه على المسلمِ خُصّتْ من عُمومِ الحديثِ فبَقِيَتْ شهادَتُه للمسلمِ داخِلةً تحته؛ ولأنّ الشّهادةَ من بابِ الوَلايةِ لما بَيّنّا، والكافرُ الشّاهِدُ يصلُحُ وليًّا في هذا العقدِ بوَلايةِ نفسِه ويصلُحُ قابِلاً لهذا العقدِ بنفسِه (فيه صَلُحَ) [٤] شاهِدًا. وكذا يجوزُ للقاضي الحكمُ بشهادَتِه هذه للمسلمِ؛ لأنّه مَحَلُّ الاجتِهادِ على ما نذكرُ ولو قضَى لا يَنْفُذُ قضاؤُه فيَنْفُذُ النّكاحُ بحُضورِه.

وامّا الحديثُ فقد قِيلَ: إنّه ضَعيفٌ ولَئِنْ ثبت فنحمِلُه على نَفْيِ النّدْبِ والاستحبابِ تَوْفيقًا بين الدّلائلِ.

وامّا قولُه: «العقدُ خَلا عن الإشهادِ في جانِبِ الزّوْجِ؛ لأنّ شهادةَ الكافرِ ليستْ بحُجّةٍ في حَقِّ المسلمِ» فنقول: شهادةُ الكافرِ إنْ لم تَصلُحْ حُجّةً للكافرِ على المسلمِ فتَصْلُحُ حُجّةً للمسلمِ على الكافرِ؛ لأنّها إنّما لا تَصلُحُ حُجّةً على المسلمِ؛ لأنّها من بابِ الوَلايةِ وفي جَعلِها حُجّةً على المسلمِ إثباتُ الوَلايةِ للكافرِ على المسلمِ، وهذا لا يجوزُ وهذا المعنى لم يوجَدْ ههنا؛ لأنّا إذا جَعَلْناها [٢/ ١٥أ] حُجّةً للمسلمِ ما كان فيه إثباتُ الوَلايةِ للكافرِ، وهذا جائزٌ (على أنّا) [٥] إنْ سَلَّمْنا [أن] [٦] قولَه: ليس بحُجّةٍ في حَقِّ المسلمِ لكنّ (حُضورَه على أنّ) [٧] قولَه: حُجّةً ليس بشرطٍ لانعِقادِ النّكاحِ فإنّه يَنْعَقِدُ بحُضورِ [٨] مَنْ لا تُقْبَلُ شهادَتُه عليه على ما نذكرُ إنْ شاء اللَّه تعالى.

وهل يظهرُ نِكاحُ المسلمِ الذِّمِّيّةَ بشهادةِ ذِمِّيّيْنِ عندَ الدّعوَى؟ يُنْظَرُ في ذلك، إنْ كانتِ

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «أصل».
(٣) سبق تخريجه.
(٤) في المخطوط: «ويصلح».
(٥) في المخطوط: «ثم».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المخطوط: «سماع من».
(٨) في المخطوط: «بحضرة».

المرأةُ هي المُدَّعيةُ للنِّكاحِ على المسلمِ، والمسلمُ مُنْكِرٌ لا يظهرُ بالإجماعِ؛ لأنّ هذه شهادةُ الكافرِ على المسلمِ وإنّها غيرُ مقبولةٍ وإنْ كان الزّوْجُ هو المُدَّعي والمرأةُ مُنْكِرةً فعلى أصلِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ يظهرُ [سَواءً قال الشّاهِدانِ: كان معنا عندَ العقدِ رجلانِ مسلمانِ أو لم يقولا ذلك] [١].

واختلف المشايخُ على أصلِ محمّدٍ قال بعضُهم: يظهرُ كما قالا. وقال بعضُهم: لا يظهرُ (سَواءً قالا: كان معنا رجلانِ مسلمانِ أو لم يقولا ذلك، وهو الصّحيحُ من مذهبه، ووجهُه أنّ هذه شهادةٌ قامتْ على نِكاحٍ فاسِدٍ وعلى إثباتِ فعلِ المسلمِ؛ لأنّهما إنْ) [٢] شهِدا على نِكاحٍ حَضَراه فقَطْ لا تُقْبَلُ شهادَتُهما؛ لأنّ هذه شهادةٌ على نِكاحٍ فاسِدٍ عندَه وإنْ شهِدا على أنّهما حَضَراه ومعهما رجلانِ مسلمانِ لا تُقْبَلُ أيضًا؛ لأنّ هذه إنْ كانتْ شهادةَ الكافرِ على الكافرِ لكنْ فيها إثباتُ فعلِ المسلمِ فيكونُ شهادةً على مسلمٍ فلا تُقْبَلُ كمسلمٍ ادَّعَى عبدًا في يَدِ ذِمِّيٍّ فجَحَدَ الذِّمِّيُّ دَعوَى المسلمِ وزَعَمَ أنّ العبدَ عبدُه فأقام المسلمُ بشاهِدَيْنِ ذِمّيّيْنِ على أنّ العبدَ عبدُه وقضَى له به على هذا الذِّمِّيِّ قاضٍ فلا تُقْبَلُ شهادَتُهما، وإنْ كان هذا شهادةَ الكافرِ على الكافرِ، لكنْ لَمَّا كان فيها إثباتُ فعلِ المسلمِ بشهادةِ الكافرِ وهو قضاءُ القاضي لم تُقْبل كذا هذا.

(وجه الكلامِ لأبي حنيفةَ وأبي يوسفَ على نحوِ ما ذكرنا في جانِبِ الاعتِقادِ): أنّ الشّهادةَ من بابِ [٣] الوَلايةِ، وللكافرِ ولايةٌ على الكافرِ ولو كان الشّاهِدانِ وقتَ التّحمُّلِ كافرَيْنِ ووقتَ الأداءِ مسلمَيْنِ فشهِدا للزَّوجِ فعلى أصلِهِما لا يُشْكِلُ أنّه تُقْبَلُ شهادَتُهما؛ لأنّهما لو كانا في الوقتَيْنِ جميعًا كافرَيْنِ تُقْبَلُ فههنا أولى.

واختلف المشايخُ على أصلِ محمّدٍ قال بعضُهم: تُقْبَلُ. وقال بعضُهم: لا تُقْبَلُ [فمَنْ قال: تُقْبَلُ نَظَرَ إلى وقتِ الأداءِ، ومَنْ قال: لا تُقْبَلُ نَظَرَ إلى وقتِ التّحمُّلِ] [٤].

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «ووجهه أن الأمر لا يخلو إما أن يشهدا على نكاح حضراه، وإما أن يشهدا على نكاح حضراه ومسلمان أيضًا غيرهما فإن...».
(٣) في المخطوط: «جانب».
(٤) ليست في المخطوط.

فصل [في سماع الشاهدين]

ومنها سَماعُ الشّاهِدَيْنِ كلامَ المُتعاقِدَيْنِ جميعًا حتّى لو سَمِعا كلامَ أحدِهِما دونَ الآخَرِ أو سَمِعَ أحدُهما كلامَ أحدِهِما والآخَرُ كلامَ الآخَرِ لا يجوزُ النّكاحُ؛ لأنّ الشّهادةَ أعني حُضورَ الشُّهودِ شرطُ رُكْنِ العقدِ، ورُكْنُ العقدِ هو الإيجابُ والقبولُ فيما لم يسمعا كلامَهما لا تَتَحَقَّقُ الشّهادةُ عن الرّكْنِ فلا يوجَدُ شرطُ الرّكْنِ - واللهُ أعلَمُ - .

فصل [في شرط الشهود]

ومنها: العدَدُ فلا يَنْعَقِدُ النّكاحُ بشاهِدٍ واحِدٍ لقولِه ﷺ: «**لا نِكاحَ إلاّ بشُهودٍ**» وقولِه: «**لا نِكاحَ إلاّ بشاهِدَيْنِ**» وأمّا عَدالةُ الشّاهِدِ فليستْ بشرطٍ لانعِقادِ النّكاحِ عندَنا، فيَنْعَقِدُ النكاح بحُضورِ الفاسِقَيْنِ وعندَ الشّافعيِّ شرطٌ، ولا يَنْعَقِدُ إلاّ بحُضورِ مَنْ ظاهرُه العدالةُ.

واحتَجَّ بما رُوِيَ عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال: «**لا نِكاحَ إلاّ بوَليٍّ وشاهِدَيْ عَدْلٍ**»[1] ولأنّ الشّهادةَ خَبَرٌ يُرَجَّحُ فيه جانِبُ الصِّدْقِ على جانِبِ الكذِبِ، والرجحانُ إنّما يَثْبُتُ بالعدالةِ.

(ولَنا): أنّ عُموماتِ النّكاحِ مُطْلَقَةٌ عن شرطٍ ثمّ اشتِراطُ أصلِ الشّهادةِ بصِفاتِها المُجْمَعِ عليها ثبتتْ بالدّليلِ، فمَنِ ادَّعى شرطَ العدالةِ فعليه البيانُ؛ ولأنّ الفِسقَ لا يقدَحُ في ولايةِ الإنْكاحِ بنفسِه لما ذكرنا في شَرائطِ الوَلايةِ وكذا لا يقدح في ولاية القبول بنفسه فلا يقدح في الشهادة. وكذا يجوزُ للحاكِم الحكمُ بشهادَتِه في الجُمْلةِ ولو حَكَمَ لا يُنْقضُ حكمُه؛ لأنّه مَحَلُّ الاجتِهادِ فكان من أهلِ تَحَمُّلِ الشّهادةِ. والفِسقُ لا يقدَحُ في أهليّةِ التّحَمُّلِ، وإنّما يقدَحُ في الأداءِ فيظهرُ أثرُه في الأداءِ لا في الانعِقادِ، وقد ظهر حتّى لا يجبُ على القاضي القضاءُ بشهادَتِه ولا يجوزُ أيضًا إلاّ إذا تَحَرَّى القاضي الصِّدْقَ في شهادَتِه.

وكذا كونُ الشّاهِدِ غيرَ محدودٍ في القذْفِ ليس بشرطٍ لانعِقادِ النّكاحِ فيَنْعَقِدُ بحُضورِ المحدودِ في القذْفِ، غيرَ أنّه إنْ كان قد تابَ بعدَ ما حُدَّ يَنْعَقِدُ النّكاحُ بالإجماعِ، وإنْ كان لم يَتُبْ لا تُقْبَلُ [شهادَتُه][2] عندَنا على التّأبيدِ[3] خلافًا للشّافعيِّ؛ لأنّ كونَه مردودَ

---

(١) سبق تخريجه. (٢) ليست في المخطوط.

(٣) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٥/ ٣٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٩٩)، العناية شرح الهداية (٣/ ٢٠٢)، فتح القدير (٣/ ٢٠٢)، مجمع الأنهر (١/ ٣٢١).

الشّهادةِ على التّأبيدِ يقدَحُ في الأداءِ لا في التّحَمُّلِ؛ ولأنّه يصلُحُ وليًّا في النّكاحِ بوَلايةِ نفسِه ويَصِحُّ القبولُ منه بنفسِه ويجوزُ القضاءُ بشهادَتِه في الجُمْلةِ فيَنْعَقِدُ النّكاحُ بحُضورِه، وإنْ حُدَّ ولم يَتُبْ أو لم يَتُبْ ولم يُحَدَّ يَنْعَقِدُ عندَنا خلافًا للشّافعيِّ، وهي مسألةُ شهادةِ الفاسِقِ.

وكذا بَصَرُ الشّاهِدِ ليس بشرطٍ فيَنْعَقِدُ النّكاحُ بحُضورِ الأعمَى لما ذكرنا؛ ولأنّ العمَى لا يقدَحُ إلاّ في الأداءِ لتَعَذُّرِ التّمييزِ بين المشهودِ [٢/ ١٥ب] عليه وبين المشهودِ له، ألا ترى أنّه لا يقدَحُ في ولايةِ الإنْكاحِ ولا في قَبولِ النّكاحِ بنفسِه ولا في المنْعِ [1] من جوازِ القضاءِ بشهادَتِه في الجُمْلةِ فكان من أهلِ أنْ يَنْعَقِدَ النّكاحُ بحُضورِه. وكذا ذُكورةُ الشّاهِدَيْنِ ليستْ بشرطٍ عندَنا ويَنْعَقِدُ [2] النّكاحُ بحُضورِ رجلٍ وامرأتَيْنِ عندَنا[3]، وعندَ الشّافعيِّ: شرطٌ، ولا يَنْعَقِدُ إلاّ بحُضورِ رجلينِ[4] ونذكرُ المسألةَ في كتابِ الشّهاداتِ.

وكذا إسلامُ الشّاهِدَيْنِ ليس بشرطٍ في نِكاحِ الكافرَيْنِ، فيَنْعَقِدُ نِكاحُ الزّوْجَيْنِ الكافرَيْنِ بشهادةِ كافرَيْنِ وكذا تُقْبَلُ شهادةُ أهلِ الذِّمّةِ بعضِهم على بعضٍ [5] سَواءً اتّفَقَتْ مِلَلُهم أو اختلفتْ، وهذا عندَنا[6]، وعندَ الشّافعيِّ: إسلامُ الشّاهِدِ شرطٌ[7]؛ لأنّه لا يَنْعَقِدُ نِكاحُ الكافرِ [8] بشهادةِ الكافرِ [9]، ولا تُقْبَلُ شهادَتُهم أيضًا والكلامُ [عنه] [10] في القبولِ نذكره في كتابِ الشّهاداتِ، ونَتَكَلَّمُ ههنا في انعِقادِ النّكاحِ بشهادَتِه [11] [فلا يمنع انعقاد نكاح الزوجين الكافرين بحضوره] [12].

(١) في المخطوط: «المنيع». (٢) في المخطوط: «فينعقد».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٤٦١)، مختصر الطحاوى ص (١٦٩، ١٧٢)، المبسوط (٥/ ٣٢، ٣٣)، رؤوس المسائل ص (٣٧٢)، فتح القدير (٣/ ٢٠١).
(٤) مذهب الشافعية: أنه لا ينعقد النكاح إلا بشاهدين ولا ينعقد بشاهد وامرأتين، انظر: الحاوي الكبير (١١/ ٨٦)، الوسيط في المذهب (٥/ ٥٣، ٥٤)، روضة الطالبين (٧/ ٤٥).
(٥) في المخطوط: «البعض».
(٦) انظر في مذهب الحنفية: رؤوس المسائل (ص٣٧٣)، مختصر الطحاوى، ص (١٧٢)، متن القدوري (ص٦٨)، المبسوط (٥/ ٣٣).
(٧) مذهب الشافعية: أنه لا ينعقد النكاح بشهادة كافرَيْنِ وكذلك لا ينعقد بشهادة مجوسيين فلا يصح إلا بشهادة مسلمين، انظر: الأم (٥/ ٢٢)، المهذب (٢/ ٤١)، الوجيز (٢/ ٤)، المنهاج (ص٩٦).
(٨) في المخطوط: «الكفار». (٩) في المخطوط: «الكفار».
(١٠) زيادة من المخطوط. (١١) المخطوط: «بشهادة».
(١٢) ليست في المخطوط.

واحتَجَّ الشّافعيُّ بالمروِيِّ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «لا نِكاحَ إلاَّ بوَليٍّ وشاهِدَيْ عَدْلٍ»[١] ولا عَدالةَ مع الكُفْرِ؛ لأنّ الكُفْرَ أعظَمُ الظُّلْمِ وأفحَشُه فلا يكونُ الكافرُ عَدْلاً فلا يَنْعَقِدُ النّكاحُ بحُضورِه.

(ولَنا): قولُه عليه الصلاة والسلام: «لا نِكاحَ إلاَّ بشُهودٍ»[٢]، وقولُه: «لا نِكاحَ إلاَّ بشاهِدَيْنِ»[٣] والاستِثْناءُ من النّفْيِ إثباتٌ من حيث الظّاهرِ، والكُفْرُ لا يمنَعُ كونَه شاهِدًا لما ذكرنا وكذا لا يمنَعُ أنْ يكونَ وليًّا في النّكاحِ بوَلايةِ نفسِه ولا قابِلاً للعَقْدِ بنفسِه، ولا جوازَ للقضاءِ بشهادَتِه في الجُمْلةِ.

وكذا كونُ شاهِدِ النّكاحِ مقبولَ الشّهادةِ عليه ليس بشرطٍ لانعِقادِ النّكاحِ بحُضورِه، ويَنْعَقِدُ النّكاحُ بحُضورِ مَنْ لا تُقْبَلُ شهادَتُه عليه أصلاً كما إذا تَزَوّجَ امرأةً بشهادةِ ابنَيْه منها، وهذا عندَنا، وعندَ الشّافعيِّ: لا يَنْعَقِدُ.

(وجه قولِه): أنّ الشّهادةَ في بابِ النّكاحِ للحاجةِ إلى صيانَتِه عن الجُحودِ والإنْكارِ، والصِّيانةُ لا تحصُلُ إلاَّ بالقبولِ فإذا لم يكنْ مقبولَ الشّهادةِ لا تحصُلُ الصِّيانةُ.

(ولَنا): أنَّ الاشتِهارَ في النّكاحِ لدَفْعِ تُهْمةِ الزِّنا لا لصيانةِ العقدِ عن الجُحودِ والإنْكارِ، والتُّهْمةُ تندَفِعُ بالحُضورِ من غيرِ قَبولٍ، على أنّ معنى الصِّيانةِ يحصُلُ بسببِ حُضورِهِما وإنْ كان لا تُقْبَلُ شهادَتُهما؛ لأنّ النّكاحَ يظهرُ ويَشْتَهِرُ بحُضورِهِما، فإذا[٤] ظهر واشْتَهَرَ تُقْبَلُ الشّهادةُ فيه بالتّسامُعِ فتحصُلُ الصِّيانةُ.

وكذا إذا تَزَوّجَ امرأةً بشهادةِ ابنَيْه لا منها أو ابنَيْها لا منه يجوزُ لما قلنا، ثمّ عندَ وُقوعِ الحجْرِ[٥] والإنْكارِ يُنْظَرُ إنْ وقَعَتْ شهادَتُهما لواحِدٍ من الأبَوَيْنِ لا تُقْبَلُ، وإنْ وقَعَتْ عليه تُقْبَلُ؛ لأنّ شهادةَ الابنِ لأبَوَيْه غيرُ مقبولةٍ وشهادَتَهما عليه[٦] مقبولةٌ.

ولو زَوّجَ الأبُ ابنتَه من رجلٍ بشهادةِ ابنَيْه وهما أخَوا المرأةِ فلا يُشَكُّ أنّه يجوزُ النّكاحُ وإذا وقَعَ الجُحودُ بين الزّوْجَيْنِ فإنْ كان الأبُ مع الجاحِدِ منهما أيُّهما كان تُقْبَلُ شهادَتُهما؛ لأنّ هذه شهادةٌ على الأبِ فتُقْبَلُ وإنْ كان الأبُ مع المُدَّعي منهما أيُّهما كان لا

(١) سبق تخريجه.
(٢) سبق تخريجه.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) في المخطوط: «وإذا».
(٥) في المخطوط: «الجحود».
(٦) في المخطوط: «عليهما»

تُقْبَلُ شهادَتُهما عندَ أبي يوسفَ، وعندَ محمّدٍ: تُقْبَلُ.

فأبو يوسفَ نَظَرَ إلى الدّعوَى والإنْكارِ فقال: إذا كان الأبُ مع المُنْكِرِ فشهادَتُهما تقَعُ على الأبِ فتُقْبَلُ، وإذا كان مع المُدَّعي فشهادَتُهما تقَعُ للأبِ؛ لأنّ التّزْوِيجَ كان من الأبِ فلا تُقْبَلُ، ومحمّدٌ نَظَرَ إلى المنْفَعةِ وعَدَمِ المنْفَعةِ فقال: إنْ كان للأبِ مَنْفَعةٌ لا تُقْبَلُ سَواءً كان مُدَّعيًا أو مُنْكِرًا وإنْ لم يكنْ له مَنْفَعةٌ تُقْبَلُ. وههنا لا مَنْفَعةَ للأبِ فتُقْبَلُ والصّحيحُ نَظَرُ محمّدٍ رحمه الله؛ لأنّ المانِعَ من القبولِ هو التُّهْمةُ، وإنّها تنشَأُ عن النّفْعِ.

وكذلك هذا الاختِلافُ فيما إذا قال رجلٌ لعبدِه: إنْ كلَّمَك زَيْدٌ فأنْتَ حُرٌّ، ثمّ قال العبدُ كلَّمَني زَيْدٌ وأنْكَرَ المولى فشهِدَ للعبدِ ابنا زَيْدٍ أنّ أباهما قد كلَّمَه والمولى يُنْكِرُ تُقْبَلُ شهادَتُهما في قولِ محمّدٍ رحمه الله سَواءً كان زَيْدٌ يَدَّعي الكلامَ أو لا يَدَّعي؛ لأنّه لا مَنْفَعةَ لزَيْدٍ في الكلامِ.

وعندَ أبي يوسفَ: إنْ كان زَيْدٌ يَدَّعي الكلامَ لا تُقْبَلُ، وإنْ كان لا يَدَّعي تُقْبَلُ، وكذلك هذا الاختِلافُ فيمَنْ توكَّلَ عن غيرِه في عَقْدٍ ثمّ شهِدَ ابنا الوَكيلِ على العقدِ فإنْ كان حُقوقُ العقدِ لا ترجِعُ إلى العاقِدِ تُقْبَلُ شهادَتُهما عندَ محمّدٍ سَواءً ادَّعَى الوَكيلُ أو لم يَدَّعِ؛ لأنّه ليس فيه مَنْفَعةٌ. وعندَ أبي يوسفَ إنْ كان يَدَّعي لا تُقْبَلُ، وإنْ كان مُنْكِرًا تُقْبَلُ.

فصل [في بيان وقت الشهادة]

وأمّا بيانُ وقتِ هذه [٢/ ١٦أ] الشّهادةِ - وهي حُضورُ الشُّهودِ - فوقتُها وقتُ وُجودِ رُكْنِ العقدِ - وهو الإيجابُ والقبولُ - لا وقتُ وُجودِ الإجازةِ حتّى لو كان العقدُ موقوفًا على الإجازةِ فحَضروا عَقْدَ [(١)] الإجازةِ ولم يحضُروا عندَ العقدِ لم تجزْ؛ لأنّ الشّهادةَ شرطُ رُكْنِ العقدِ فيُشْتَرَطُ وُجودُها عندَ الرّكْنِ، والإجازةُ ليستْ برُكْنٍ، بل هي شرطُ النّفاذِ في العقدِ الموقوفِ وعندَ وُجودِ الإجازةِ يَثْبُتُ الحكمُ بالعقدِ من حينِ وُجودِه فتُعتَبَرُ الشّهادةُ في ذلك الوقتِ - واللّه تعالى الموَفِّقُ -.

* * *

(١) في المخطوط: «عند».

فصل [في المحرمات بالقرابة]

ومنها: (أنْ تكونَ) [(١)] المرأةُ مُحَلَّلةً وهي أنْ لا تكونَ مُحَرَّمةً على التّأبيدِ فإنْ كانتْ مُحَرَّمةً على التّأبيدِ فلا يجوزُ نِكاحُها؛ لأنّ الإنْكاحَ إحلالٌ، وإحلالُ المُحَرَّمِ على التّأبيدِ مُحالٌ والمُحَرَّماتُ على التّأبيدِ ثلاثةُ أنواعٍ: مُحَرَّماتٌ بالقرابةِ ومُحَرَّماتٌ بالمُصاهَرةِ ومُحَرَّماتٌ بالرّضاعِ.

أمّا النّوعُ الأوّلُ: فالمُحَرَّماتُ بالقرابةِ سبعُ فِرَقٍ: الأُمَّهاتُ والبناتُ والأخواتُ والعمّاتُ والخالاتُ وبَناتُ الأخِ وبَناتُ الأُختِ قال اللّه تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ...﴾ [النساء :٢٣]. الآيةَ أخبر اللّه تعالى عن تحريمِ هذه المذكوراتِ، فإمّا أنْ يُعملَ بحقيقةِ هذا الكلامِ [حقيقةً] [(٢)] ويُقالُ: بحُرْمةِ الأعيانِ كما هو مذهبُ أهلِ السّنّةِ والجماعةِ وهي مَنْعُ اللّه تعالى الأعيانَ عن تَصَرُّفِنا فيها بإخراجِها من أنْ تكونَ مَحَلًّا لذلك شرعًا، وهو التّصَرُّفُ الذي يُعتادُ إيقاعُه في جِنْسِها وهو الاستمتاعُ والنّكاحُ.

وإمّا أنْ يُضْمرَ فيه الفعلُ وهو الاستمتاعُ و [(٣)] النّكاحُ في تحريمِ كُلِّ واحِدٍ منهما تحريمَ الآخَرِ؛ لأنّه إذا حُرِّمَ الاستمتاعُ وهو المقصُودُ بالنّكاحِ لم يكنِ النّكاحُ مُفيدًا لخُلوِّه عن العاقِبةِ الحميدةِ فكان تحريمُ الاستمتاعِ تحريمًا للنّكاحِ، وإذا حُرِّمَ النّكاحُ وأنّه [(٤)] شُرِعَ وسيلةً إلى الاستمتاعِ، والاستمتاعُ هو المقصُودُ فكان تحريمُ الوَسيلةِ تحريمًا للمقصُودِ بالطّريقِ الأولى.

وإذا عُرِفَ هذا فنقول: يُحَرَّمُ على الرّجُلِ أُمُّه بنصِّ الكتابِ وهو قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء :٢٣] وتُحَرَّمُ عليه جَدّاتُه من قِبَلِ أبيه وأُمِّه وإنْ عَلونَ بدلالةِ النّصِّ؛ لأنّ اللّهَ تعالى حَرَّمَ العمّاتِ والخالاتِ وهُنّ أولادُ الأجدادِ والجدّاتِ، فكانتِ الجدّاتُ أقرَبَ منهُنّ فكان تحريمُهُنّ تحريمًا للجَدّاتِ من طَريقِ الأولى كتحريمِ التّأفيفِ نَصًّا يكونُ تحريمًا للشّتْمِ والضّرْبِ دَلالةً، وعليه إجماعُ الأُمّةِ أيضًا.

---

(١) في المخطوط: «كون».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «أو».
(٤) في المخطوط: «فإنه».

وتُحَرَّمُ عليه بَناتُه بالنّصِّ وهو قوله تعالى: ﴿وبَناتُكم﴾ [سَواءً كانتْ بنتَه من النِّكاحِ أو من السِّفاحِ لعُمومِ النّصِّ (١).

وقال الشّافعيُّ: لا تُحَرَّمُ عليه البِنْتُ من السِّفاحِ؛ لأنّ نَسبها لم يَثْبُتْ منه فلا تكونُ مُضافةً إليه شرعًا فلا تَدْخُلُ تحت نَصِّ الإرثِ والنَّفَقةِ(٢) في قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِيٓ أَوْلَٰدِكُمْ﴾ [النساء:١١] وفي قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٣] كذا ههنا؛ ولأنّا نقول: بنتُ الإنسانِ اسمٌ لأُنْثى مخلوقةٍ من مائه حقيقةً، والكلامُ فيه فكانتْ بنتَه حقيقةً إلاّ أنّه لا تجوزُ الإضافةُ شرعًا إليه لما فيه من إشاعةِ الفاحِشةِ، وهذا لا يَنْفي النِّسبةَ الحقيقيّةَ؛ لأنّ الحقائقَ لا مردَّ لها وهكذا نقول في الإرثِ والنّفَقةِ: إنّ النِّسبةَ الحقيقيّةَ ثابِتةٌ إلاّ أنّ الشّرعَ اعتبَرَ هناك ثُبوتَ النّسَبِ شرعًا لجَرَيانِ الإرثِ والنّفَقةِ لمعنًى. ومَنِ ادَّعَى ذلك ههنا فعليه البيانُ] (٣).

وتُحَرَّمُ بَناتُ بَناتِه وبَناتُ أبنائه وإنْ سَفَلْنَ بدلالةِ النّصِّ؛ لأنّهُنّ أقربُ من بَناتِ الأخِ [وبَناتِ] (٤) الأختِ ومن الأخَواتِ أيضًا؛ لأنّ الأخَواتِ أولادُ أبيه وهُنّ أولادُ أولادِه فكان ذِكْرُ الحُرْمةِ هناك ذِكْرًا للحُرْمةِ ههنا دَلالةً وعليه إجماعُ الأُمّةِ أيضًا، وتُحَرَّمُ عليه أخَواتُه وعَمّاتُه وخالاتُه بالنّصِّ وهو قولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ﴾ [النساء:٢٣] سَواءٌ كُنّ لأبٍ وأُمٍّ أو لأبٍ أو لأُمٍّ لإطلاقِ اسم الأُختِ والعمّةِ والخالةِ، ويُحَرَّمُ عليه عَمّةُ أبيه وخالَتُه لأبٍ وأُمٍّ أو لأبٍ أو لأُمٍّ، وعَمّةُ أُمّه وخالَتُه (٥) لأبٍ وأُمٍّ أو لأبٍ أو لأُمٍّ بالإجماعِ.

وكذا عَمّةُ جَدِّه وخالَتُه وعَمّةُ جدته وخالَتُها لأبٍ وأُمٍّ أو لأبٍ أو لأُمٍّ تُحَرَّمُ بالإجماعِ، وتُحَرَّمُ عليه بَناتُ الأخِ وبَناتُ الأُختِ بالنّصِّ، وهو قوله تعالى: ﴿وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ [النساء:٢٣] وبَناتُ بَناتِ الأخِ والأُختِ وإنْ سَفَلْنَ بالإجماعِ.

(١) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٤٦٥)، مختصر الطحاوى (ص١٧٧)، المبسوط (٤/ ٢٠٤، ٢٠٥)، رؤوس المسائل (ص٣٨١)، شرح فتح القدير (٣/ ٢١٩).

(٢) مذهب الشافعية: أن الزنا لا تثبت به حرمة المصاهرة فمن زنى بامرأة لا يحرم عليه زواج بنتها أو أمها، انظر: الحاوى الكبير (١١/ ٢٩٤)، الوسيط في المذهب (٥/ ١٠٧)، روضة الطالبين (٧/ ١١٣)، المنهاج (ص٩٨)، مغني المحتاج (٣/ ١٧٨).

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) في المخطوط: «وخالتها».

ومنهم مَنْ قال: إنّ حُرْمَةَ الجدَّاتِ وبَناتِ البناتِ ونحوِهنّ مِمَّنْ ذكرنا يَثْبُتُ بالنّصِّ أيضًا؛ لانطِلاقِ الاسمِ عليهِنّ فإنّ جَدَّةَ الإنسانِ تُسَمَّى أُمًّا له، وبِنْتَ بنتِه تُسَمَّى بنتًا له فكانتْ حُرْمَتُهُنّ ثابِتةً بعَيْنِ النّصِّ، لكنْ هذا لا يَصِحُّ إلاَّ على قولِ مَنْ يقولُ: يجوزُ أنْ يُرادَ الحقيقةُ والمجازُ من لَفْظٍ واحِدٍ إذا لم يكنْ بين حكمَيْهِما [(١)] مُنافاةٌ؛ لأنّ إطلاقَ اسمِ الأُمِّ على الجدَّةِ وإطلاقَ اسمِ البِنْتِ على بنتِ البِنْتِ بطَريقِ المجازِ.

ألا ترى أنّ مَنْ نَفى اسمَ الأُمِّ والبِنْتِ عنهما كان صادِقًا في النّفْيِ، وهذا من العلاماتِ التي يُفَرَّقُ بها بين الحقيقةِ والمجازِ، وقد ظهر أمرُ هذه التّفرِقةِ في الشّرعِ أيضًا حتّى إنّ مَنْ قال لرجلٍ: لَستَ أنْتَ بابنِ فُلانٍ لجَدِّه لا يَصيرُ قاذِفًا له حتّى لا يُؤْخَذَ بالحدِّ؛ ولأنّ نِكاحَ هَؤُلاءِ يُفْضي إلى قَطْعِ الرّحِمِ؛ لأنّ النّكاحَ لا يخلو عن مُباسَطاتٍ تجري بين الزّوْجَيْنِ عادةً وبِسببِها تجري الخشونةُ بينهما، وذلك يُفْضي إلى قَطْعِ الرّحِمِ [٢/ ١٦ب] فكان النّكاحُ سببًا لقَطْعِ الرّحِمِ مُفْضيًا إليه، وقَطْعُ الرّحِمِ حَرامٌ والمُفْضي إلى الحرامِ حَرامٌ، وهذا المعنى يَعُمُّ الفِرَقَ السّبْعَ؛ لأنّ قرابَتَهُنّ مُحَرَّمةُ القطْعِ واجبةُ الوَصْلِ، ويختَصُّ الأُمَّهاتُ بمعنًى آخَرَ، وهو أنّ احتِرامَ الأُمِّ وتَعظيمَها واجبٌ، ولِهذا أُمِرَ الوَلَدُ بمُصاحَبةِ الوالِدَيْنِ بالمعروفِ وخَفْضِ الجناحِ لهما والقولِ الكريمِ، ونُهيَ عن التّأفيفِ لهما فلو جاز النّكاحُ والمرأةُ تكونُ تحت أمرِ الزّوْجِ، وطاعَتُه وخِدْمَتُه مُستَحَقّةٌ عليها لَلَزِمَها ذلك وأنّه يَنْفي الاحتِرامَ فيُؤَدّي إلى التّناقُضِ وتَحِلُّ [له] [(٢)] بنتُ العمَّةِ والخالةِ وبِنْتُ العمِّ والخالِ؛ لأنّ اللّهَ تعالى ذكر المُحَرَّماتِ في آيةِ التّحريمِ.

ثمّ أخبر سبحانه وتعالى أنّه أحَلَّ ما وراءَ ذلك بقولِه: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء :٢٤] وبَناتُ الأعمامِ والعمَّاتِ والأخوالِ والخالاتِ لم يُذْكَرْنَ في المُحَرَّماتِ فكُنّ مِمّا وراءَ ذلك فكُنّ مُحَلَّلاتٍ.

وكذا عُموماتُ النّكاحِ لا توجِبُ الفصلَ ثمّ خُصّ عنها المُحَرَّماتُ المذكوراتُ في آيةِ التّحريمِ فبَقِيَ غيرُهُنّ تحت العُمومِ، وقد ورد نَصٌّ خاصٌّ في البابِ، وهو قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ﴾ [الأحزاب :٥٠] إلى قولِه عزَّ وجلَّ: ﴿وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّـٰتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَـٰلَـٰتِكَ ٱلَّـٰتِي هَاجَرْنَ مَعَكَ﴾ [الأحزاب :٥٠] الآيةَ والأصلُ فيما يَثْبُتُ

(١) في المخطوط: «حكمها».

(٢) ليست في المخطوط.

للنبيِّ ﷺ أنْ يَثْبُتَ لأُمَّتِه، والخصُوصُ بدليلٍ - واللَّه الموَفِّقُ -.

فصل [في المحرمات بالمصاهرة]

وأمَّا النَّوعُ الثَّاني: فالمُحَرَّماتُ بالمُصاهَرةِ أربعُ فِرَقٍ.

الفِرْقةُ الأُولى: أُمُّ الزَّوْجةِ وجَدَّاتُها من قِبَلِ أبيها وأُمِّها وإنْ عَلونَ فيُحَرَّمُ على الرَّجُلِ أُمُّ زَوْجَتِه بنَصِّ الكتابِ العزيزِ وهو قولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء:٢٣] معطوفًا على قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء:٢٣] سَواءً كان دخل بزَوْجَتِه أو كان لم يدخلْ بها عندَ عامَّةِ العُلَماءِ[١].

وقال مالِكٌ[٢] وداوُد الأصفَهانيُّ ومحمّدُ بنُ شُجاعٍ البلخيّ وبِشْرٌ المريسيُّ: [إنّ][٣] أُمَّ الزَّوْجةِ لا تُحَرَّمُ على الزَّوْجِ بنفسِ العقدِ ما لم يدخلْ ببِنْتِها حتّى إنّ مَنْ تَزَوّجَ امرأةً ثمّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها أو ماتَتْ لا يجوزُ له أنْ يتزوّجَ أُمَّها عندَ عامَّةِ العُلَماءِ وعندَهم يجوزُ. والمسألةُ مختلِفةٌ بين الصّحابةِ رضي الله عنهم، رُوِيَ عن عمرَ وعَليٍّ وعبد الله بنِ عبّاسٍ وزَيْدِ بنِ ثابِتٍ وعِمْرانَ بنِ حُصَيْنٍ رضي الله عنهم مثلُ قولِ العامَّةِ.

ورُوِيَ عن عبدِ اللَّه بنِ مسعودٍ وجابرٍ رضي الله عنهما مثلُ قولِهم وهو إحدى الرِّوايتيْنِ عن عَليٍّ وزَيْدِ بنِ ثابِتٍ.

وعن زَيْدِ بنِ ثابِتٍ أنّه فصَلَ بين الطّلاقِ والموتِ قال[٤] في الطّلاقِ مثلُ قولِهما[٥] وفي الموتِ مثلُ قولِ العامَّةِ وجعل الموتَ كالدُّخولِ؛ لأنّه بمنزلةِ الدُّخولِ في حَقِّ المهرِ وكذا في حَقِّ التّحريم، احتَجُّوا[٦] بقولِه تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء:٢٣] ذكر أُمَّهاتِ النِّساءِ وعَطَفَ رَبائبَ النِّساءِ عليهِنّ في التّحريم بحَرْفِ العطْفِ ثمّ عَقَّبَ الجُمْلَتَيْنِ بشرطِ الدُّخولِ. والأصلُ أنّ الشّرطَ المذكورَ والاستِثْناءَ بمَشيئةِ اللَّه تعالى عَقيبَ جُمَلٍ معطوفٌ بعضُها على بعضٍ

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٤٦٣).
(٢) مذهب المالكية: أن أمهات النساء يحرمن بمجرد العقد خلافًا لما يُحكى عن علي رضي الله عنه أنهن لا يحرمن إلا بالعقد والوطء. انظر: المعونة (٢/ ٥٩٣).
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «فقال».
(٥) في المخطوط: «قولهم».
(٦) في المخطوط: «احتج».

بحَرْفِ العطْفِ كُلُّ جُمْلةٍ مُبْتَدَأٌ وخَبَرُه [١] يَنْصَرِفُ إلى الكُلِّ لا إلى ما يَليه خاصّةً كمَنْ قال: عبدُه حُرٌّ وامرأتُه طالِقٌ وعليه حَجُّ بيتِ اللَّه تعالى إنْ فعل كذا أو قال: إنْ شاء اللَّه تعالى فهذا كذلك فيَنْصَرِفُ شرطُ الدُّخولِ إلى الجُمْلَتَيْنِ جميعًا فلا تَثْبُتُ الحُرْمةُ بدونِه.

(ولَنا) [أن] [٢]: قوله تعالى: ﴿وأُمَّهاتُ نِسائكم﴾ كلامٌ تامٌّ بنفسِه مُنْفَصِلٌ عن المذكورِ بعدَه؛ لأنّه مُبْتَدَأٌ وخَبَرٌ إذْ هو معطوفٌ على ما تقدَّمَ ذِكْرُه من قولِه: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء:٢٣] إلى قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء:٢٣] والمعطوفُ يُشارِكُ المعطوفَ عليه في خَبَرِه ويكونُ خَبَرُ الأوّلِ خَبَرًا للثّاني كقولِه: جاءني زَيْدٌ وعَمْرٌو معناه جاءني زيدٌ وجاءني عَمْرٌو فكان معنى قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء:٢٣] أي: وحُرِّمَتْ عليكم أُمَّهاتُ نِسائكم وأنّه مُطْلَقٌ عن شرطِ الدُّخولِ فمَنِ ادَّعى أنّ الدُّخولَ المذكورَ في آخِرِ الكلماتِ مُنْصَرِفٌ إلى الكُلِّ فعليه الدّليلُ.

ورُوِيَ عن عبدِ اللَّه بنِ عمرَ رضي الله عنهما عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال: «**إذا نَكَحَ الرّجُلُ امرأةً ثمّ طَلَّقَها قبلَ أنْ يدخلَ بها فلَه أنْ يتزَوّجَ ابنَتَها وليس له أنْ يتزَوّجَ الأُمَّ**»[٣] وهذا نَصٌّ في المسألَتَيْنِ.

وعن عَمْرِو بنِ شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّه رضي الله عنهم قال: قال رسولُ اللَّه ﷺ: «**أيُّما رجلٍ تَزَوّجَ امرأةً فطَلَّقَها قبلَ أنْ يدخلَ بها أو ماتَتْ عندَه [فلا بَأسَ أنْ يتزَوّجَ بنتَها، وأيُّما رجلٍ تَزَوّجَ امرأةً فطَلَّقَها قبلَ أنْ يدخلَ بها أو ماتَتْ عندَه]** [٤] **فلا يَحِلُّ له أنْ يتزَوّجَ أُمَّها**»[٥] وهذا [٦] نَصٌّ في المسألَتَيْنِ، وعن عبدِ اللَّه بنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه قال في هذه الآيةِ الكريمةِ: أبهَموا ما أبهَمَ اللَّه تعالى[٧] أي: أطلَقوا ما أطلَقَ اللَّه تعالى وكذا رُوِيَ عن عِمْرانَ بنِ حُصَيْنٍ أنّه قال: الآيةُ مُبْهَمةٌ أي مُطْلَقةٌ لا يُفْصَلُ بين الدُّخولِ وعَدَمِه وما رُوِيَ

(١) في المخطوط: «أو خبر».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) لم أقف عليه وانظر الحديث التالي.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) ضعيف: رواه الترمذي في كتاب النكاح، باب: ما جاء فيمن يتزوج المرأة ثم يطلقها قبل أن يدخل بها هل يتزوج ابنتها أم لا؟ حديث (١١١٧)، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ورواه البيهقي في الكبرى (٧/ ١٦٠)، حديث (١٣٦٨٨)، وقال: مثنى بن الصباح: غير قوى. وانظر: التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزى (٢/ ٢٧٣)، حديث (١٧٤١)، وإرواء الغليل (١٨٧٩).
(٦) زاد في المخطوط: «أيضًا».
(٧) قال الشيخ الألباني في الإرواء (١٨٧٨): لم أقف على إسناده بهذا اللفظ.

عن ابنِ مسعودٍ رضي الله عنه فقد رُوِيَ الرّجوعُ عنه فإنّه رُوِيَ أنّه أفتَى بذلك في الكوفةِ فلَمَّا أتَى المدينةَ ولَقِيَ أصحابَ رسولِ اللّه ﷺ فذاكَرَهم رجع إلى القولِ بالحُرْمةِ حتّى رُوِيَ أنّه لَمَّا أتَى الكوفةَ نَهَى مَنْ كان أفتاه بذلك فقيلَ: إنّها ولَدَتْ أولادًا فقال: إنّها وإنْ ولَدَتْ ولأنّ هذا النّكاحَ يُفْضي إلى قَطْعِ الرّحِمِ؛ لأنّه إذا طَلّقَ بنتَها وتَزَوّجَ بأُمّها [1] حَمَلَها ذلك على الضّغينةِ التي هي سببُ القطيعةِ فيما بينهما، وقَطْعُ الرّحِمِ حَرامٌ فما أفضى إليه يكونُ حَرامًا لهذا المعنى حُرّمَ الجمعُ بين المرأةِ وبِنْتِها وبين المرأةِ وأُمّها وبينها وبين عَمَّتِها وخالَتِها على ما نذكرُ - إنْ شاء اللّه تعالى - بخلافِ جانِبِ الأُمّ حيث لا تُحَرّمُ بنتُها بنفسِ العقدِ على الأُمّ؛ لأنّ إباحةَ النّكاحِ هناك لا تُؤَدّي إلى القطْعِ؛ لأنّ الأُمّ في ظاهرِ العاداتِ تُؤْثِرُ بنتَها على نفسِها في الحُظوظِ والحُقوقِ، والبِنْتُ لا تُؤْثِرُ أُمَّها على نفسِها معلومٌ ذلك بالعادةِ.

وإذا جاء الدُّخولُ تَثْبُتُ الحُرْمةُ؛ لأنّه تَأكّدَتْ موَدَّتُها بالدخول لاستيفائها حَظَّها [2] فتَلْحَقُها الغضاضةُ فيُؤَدّي إلى القطْعِ؛ ولأنّ الحُرْمةَ تَثْبُتُ بالدُّخولِ بالإجماعِ، والعقدُ على البِنْتِ سببُ الدُّخولُ بها، والسّبَبُ يقومُ مَقام المُسَبّبِ في موضِعِ الاحتياطِ، ولِهذا تَثْبُتُ الحُرْمةُ بنفسِ العقدِ في مَنْكوحةِ الأبِ وحَليلةِ الابنِ، كان ينبغي أنْ تُحَرّمَ الرّبيبةُ بنفسِ العقدِ على الأُمّ إلاّ أنّ شرطَ الدُّخولِ هناك عَرَفْناه بالنّصّ فبَقيَ الحكمُ في الآيةِ على أصلِ القياسِ.

وأمّا قولُهم: إنّ الشّرطَ المذكورَ في آخِرِ كلِماتٍ معطوفٌ بعضُها على بعضٍ والاستِثْناءَ بمَشيئةِ اللّه تعالى مُلْحَقٌ بالكُلّ فنقول: هذا الأصلُ مُسَلّمٌ في الاستِثْناءِ بمَشيئةِ اللّه تعالى والشّرطِ المُصَرّحِ به فأمّا في الصّفةِ الدّاخِلةِ على المذكورِ في آخِرِ الكلام فمَمْنوعٌ، بل يُقْتَصَرُ على ما يَليه فإنّكَ تقولُ: جاءني زَيْدٌ ومحمّدٌ العالِمُ فتقتَصِرُ صِفةِ العِلم على الذي يَليه وهو محمد دونَ زَيْدٍ وقولُه عَزّ وجَلّ: ﴿ٱلَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء:٢٣] وصَفَ إيّاهُنّ بالدُّخولِ بهنّ لا شَرطَ، مَنِ ادّعَى إلحاقَ الوَصْفِ بالشّرطِ فعليه الدّليلُ على أنّه يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ بمعنى الشّرطِ فيلحَقُ الكُلّ، ويُحْتَمَلُ أنْ لا يكونَ فيقتصِرُ على ما يَليه فلا يُلْحَقُ بالشّكّ والاحتِمالِ.

---

(١) في المخطوط: «أمها».

(٢) زاد في المخطوط: «من الخروج».

وإذا وقَعَ الشّكُّ والشُّبْهةُ فيه، فالقولُ لما [1] فيه الحُرمةُ أولى احتياطًا على أنّ هذه الصِّفةَ إنْ كانتْ في معنى الشّرطِ لكنّ اللَّفْظَ متى قُرِنَ به شرطٌ أو صِفةٌ لإثباتِ حكم يقتضي وُجودَه عندَ وُجودِهِ إمَّا لا يقتضي عَدَمَه عندَ عَدَمِه، بل عَدَمُه ووُجودُه عندَ عَدَمِ الشّرطِ والصِّفةِ يكونُ موقوفًا على قيامِ الدّليلِ وفي نفسِ هذه الآيةِ الكريمةِ ما يَدُلُّ عليه فإنّه قال عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

ولو كان التّقْييدُ بالوَصْفِ نافيًا الحكمَ في غيرِ الموصُوفِ لَكان ذلك القدرُ كافيًا، ونحنُ نقول بحُرْمةِ الأمِّ عندَ الدُّخولِ بالرّبيبةِ وبِحُرْمةِ الرّبيبةِ عندَ الدُّخولِ بالأُمِّ بظاهرِ الآيةِ الكريمةِ، وليس فيها نَفْيُ الحُرْمةِ عندَ عَدَمِ الدُّخولِ ولا إثباتُها فيَقِفُ على قيامِ الدّليلِ وقد قام الدّليلُ على حُرْمةِ الأمِّ بدونِ الدُّخولِ ببِنْتِها وهو ما ذكرنا فتَثْبُتُ الحُرْمةُ، ولم يَقُم الدّليلُ على حُرْمةِ الرّبيبةِ قبلَ الدُّخولِ بالأُمِّ فلا تَثْبُتُ الحُرْمةُ واللَّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

وأمَّا جَدَّاتُ الزّوْجةِ من قِبَلِ أبيها وأُمِّها فإنّها عُرِفَتْ حُرْمَتُهُنّ بالإجماعِ ولِما ذكرنا من المعنى في الأُمّهاتِ لا بعَيْنِ النّصِّ إلاَّ على قولِ مَنْ يُجيزُ اشتِمالَ اللَّفْظِ الواحِدِ على الحقيقةِ والمجازِ عندَ عَدَمِ التّنافي بين حكمَيْهِما على ما ذكرنا، ثمّ إنّما تُحَرَّمُ أمُّ الزّوْجةِ وجَدَّاتُها بنفسِ العقدِ إذا كان صحيحًا، فأمَّا إذا كان فاسِدًا فلا تَثْبُتُ الحُرْمةُ بالعقدِ بل بالوَطْءِ أو ما يقومُ مَقامه من المسِّ عن شهوةٍ والنّظَرِ إلى الفرجِ عن شهوةٍ على ما نذكرُ؛ لأنّ اللَّهَ تعالى حَرَّمَ على الزّوْجِ أُمَّ زَوْجَتِه مُضافًا إليه، والإضافةُ لا تنعَقِدُ إلاَّ بالعقدِ الصّحيحِ فلا تَثْبُتُ الحُرْمةُ إلاَّ به - واللَّه الموَفِّقُ -.

فصل [في بعض المحرمات]

وأمَّا الفِرْقَةُ الثانيةُ: فبِنْتُ الزّوْجةِ وبَناتُها وبَناتُ بَناتِها وبَنيها وإنْ سَفَلْنَ.

أمَّا [٢/ ١٧ب] بنتُ زَوْجَتِه فتُحَرَّمُ عليه بنَصِّ الكتابِ العزيزِ إذا كان دخل بزَوْجَتِه فإنْ لم يكنْ دخل بها فلا تُحَرَّمُ لقولِه: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وسَواءٌ كانتْ بنتُ

(١) في المخطوط: «بما».

زَوْجَتِه في حِجْرِه أو لا عندَ عامَّةِ العُلَماءِ.

وقال بعضُ النّاسِ: لا تُحَرَّمُ عليه إلاَّ أنْ تكونَ في حِجْرِه ويُرْوَى ذلك عن عَليٍّ بنِ أبي طالِبٍ رضي الله عنه نَصًّا لظاهرِ الآيةِ، قوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم﴾ [النساء :٢٣] حَرَّمَ اللَّه عَزَّ وجَلَّ بنتَ الزّوْجةِ، وبِوَصْفِ كونِها في حِجْرِ زَوْجِ الأمِّ فيتقَيّدُ التّحريمُ بهذا الوَصْفِ ألا ترى أنّه لَمَّا أضافَها إلى الزّوْجةِ يُقَيِّدُ التّحريمَ به حتّى لا يُحَرَّمُ على رَبيبَتِه غيرُ الزّوْجةِ كذا هذا.

(ولَنا): أنَّ التّنْصيصَ على حكمِ الموصُوفِ [(١)] لا يَدُلُّ على أنّ الحكمَ في غيرِ الموصُوفِ بخلافِه، إذِ التّنْصيصُ لا يَدُلُّ على التّخصيصِ فتَثْبُتُ حُرْمةُ بنتِ زَوْجةِ الرّجُلِ التي دخل بأُمِّها وهي في حِجْرِه بهذه الآيةِ، وإذا لم تَكُنْ في حِجْرِه تَثْبُتُ حُرْمَتُها بدليلٍ آخَرَ وهو كونُ نِكاحِها مُفْضيًا إلى قَطيعةِ الرّحِمِ سَواءٌ كانتْ في حِجْرِه أو لم تَكُنْ على ما بَيّنّا فيما تقَدَّمَ، إلاَّ أنّ اللَّهَ تعالى ذكر الحِجْرَ بناءً على أنّ عُرْفَ النّاسِ وعادتَهم أنّ الرّبيبةَ تكونُ في حِجْرِ زَوْجِ أُمِّها عادةً فأخرج الكلامَ مخرَجَ العادةِ كما في قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَوۡلَٰدَكُمۡ خَشۡيَةَ إِمۡلَٰقٖ﴾ [الإسراء :٣١] وقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً﴾ [النساء :٣] ونحوِ ذلك.

وأمَّا بَناتُ بَناتِ الرّبيبةِ وبَناتُ أبنائها وإنْ سَفَلْنَ فتَثْبُتُ حُرْمَتُهُنّ بالإجماعِ وبِما ذكرنا من [المعنى] [(٢)] المعقولِ لا بعَيْنِ النّصِّ إلاَّ على قولِ مَنْ يَرى الجمعَ بين الحقيقةِ والمجازِ في لَفْظٍ واحِدٍ عندَ إمكانِ العملِ بهما.

فصل [في الفرقة الثالثة من المحرمات]

وأمّا الفِرْقةُ الثّالثةُ: فحَليلةُ الابنِ من الصُّلْبِ وابنِ الابنِ وابنِ البِنْتِ وإنْ سَفَلَ فتُحَرَّمُ على الرّجُلِ حَليلةُ ابنِه من صُلْبه [(٣)] بالنّصِّ وهو قولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾ [النساء :٢٣] وذِكْرُ الصُّلْبِ جاز أنْ يكونَ لبيانِ الخاصّيّةِ وإنْ لم يكنِ الابنُ إلاَّ من الصُّلْبِ لقوله [(٤)] تعالى: ﴿وَلَا طَٰٓئِرٖ يَطِيرُ بِجَنَاحَيۡهِ﴾ [الأنعام :٣٨] وإنْ كان الطّائرُ لا يَطيرُ

(١) في المخطوط: «في موصوف».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «الصلب».
(٤) في المخطوط: «كقوله».

إلاَّ بجَناحَيْه وجاز أنْ يكونَ لبيانِ القِسمةِ والتَّنْويع؛ لأنّ الابنَ قد يكونُ من الصُّلْبِ وقد يكونُ من الرّضاعِ وقد يكونُ بالتّبَنّي أيضًا على ما ذُكِرَ في سببِ نُزولِ الآيةِ؛ لأنّ النّبيّ ﷺ لَمّا تَزَوّجَ امرأةَ زَيْدِ بنِ حارِثةَ بعدَ ما طَلَّقَها زَيْدٌ وكان ابنًا لرسولِ اللّه ﷺ بالتّبَنّي فعابه المُنافِقونَ على ذلك، وقالوا: إنّه تَزَوّجَ بحَليلةِ ابنِه فنزل قوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣].

وكذلك قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيۡدٌ مِّنۡهَا وَطَرًا زَوَّجۡنَٰكَهَا لِكَيۡ لَا يَكُونَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ حَرَجٌ فِيٓ أَزۡوَٰجِ أَدۡعِيَآئِهِمۡ إِذَا قَضَوۡاْ مِنۡهُنَّ وَطَرًاۚ﴾ [الأحزاب: ٣٧] ولأنّ حَليلةَ الابنِ لو لم تُحَرَّم على الأبِ فإذا طَلَّقَها الابنُ رُبَّما يَنْدَمُ على ذلك ويُريدُ العوْدَ إليها فإذا تَزَوّجَها أبوه أورَثَ ذلك الضّغينةَ بينهما. والضّغينةُ تورِّثُ القطيعةَ، وقَطْعُ الرّحِمِ حَرامٌ فيجبُ أنْ يُحَرَّمَ حتّى لا يُؤَدِّيَ إلى الحرامِ ولِهذا حُرِّمَتْ مَنْكوحةُ الأبِ على الابنِ كذا هذا سَواءٌ كان دخل بها الابنُ أو [(١)] لم يدخلْ بها؛ لأنّ النّصّ مُطْلَقٌ عن شرطِ الدُّخولِ والمعنى لا يوجِبُ الفصلَ أيضًا على ما ذكرنا؛ ولأنّ العقدَ سببٌ إلى الدُّخولِ والسّببُ يُقامُ مَقامَ المُسبَّبِ في موضِعِ الاحتياطِ على ما مرَّ، وحَليلةُ ابنِ الابنِ وابنِ البِنْتِ وإنْ سَفَلَ تُحَرَّمُ بالإجماعِ أو بما ذكرنا من المعنى لا بعَيْنِ النّصِّ؛ لأنّ ابنَ الابنِ يُسَمّى ابنًا مَجازًا لا حقيقةً فإذا صارتِ الحقيقةُ مُرادةً لم يَبْقَ المجازُ مُرادًا لَنا إلاَّ على قولِ مَنْ يقولُ: إنّه يجوزُ أنْ يُرادا من لَفْظٍ واحِدٍ - واللّه الموَفِّقُ -.

فصل [في المحرمات]

وأمّا الفِرْقةُ الرّابعةُ: فمَنْكوحةُ الأبِ وأجدادِه من قِبَلِ أبيه وأمه وإنْ عَلوا.

أمّا مَنْكوحةُ الأبِ: فتُحَرَّمُ بالنّصِّ وهو قولُه: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢] والنّكاحُ يُذْكَرُ ويُرادُ به العقدُ وسَواءٌ كان الأبُ دخل بها أو لا؛ لأنّ اسمَ النّكاحِ يَقَعُ على العقدِ والوَطْءِ فتُحَرَّمُ بكُلِّ واحِدٍ منهما على ما نذكرُ؛ ولأنّ نِكاحَ مَنْكوحةِ الأبِ يُفْضي إلى قَطيعةِ الرّحِمِ؛ لأنّه إذا فارَقَها أبوه لَعَلَّه يَنْدَمُ فيُريدُ أنْ يُعيدَها فإذا نَكَحَها الابنُ أوحَشه ذلك وأورَثَ الضّغينةَ، وذلك سببُ التّباعُدِ بينهما وهو تفسيرُ قَطيعةِ الرّحِمِ

(١) زاد في المخطوط: «كان».

وقَطْعُ الرّحِمِ حَرامٌ فكان النّكاحُ شرع سبب [٢/ ١٨أ] الحرامِ وأنّه تَناقُضٌ فيُحَرَّمُ دَفْعًا للتّناقُضِ الذي هو أثرُ (١) السّفَه والجهْلِ جَلَّ اللّه تعالى عنهما.

[وأمَّا مَنْكوحةُ أجدادِه فتُحَرَّمُ بالإجماعِ وبِما ذكرنا من المعنى لا بعَيْنِ النّصِّ إلاّ على قولِ مَنْ يَرى الجمعَ بَيْن الحقيقةِ والمجازِ في لَفْظٍ واحِدٍ عندَ عَدَمِ النّافي] (٢) ثمّ حُرْمةُ المُصاهَرةِ (٣) تَثْبُتُ بالعقدِ الصّحيحِ وتَثْبُتُ بالوَطْءِ الحلالِ بمِلْكِ اليمينِ حتّى إنّ مَنْ وطِئَ (جاريته تُحَرَّمُ) (٤) عليه أُمُّها وابنَتُها وجَدَّاتُها وإنْ عَلونَ وبَناتُ بَناتِها وإنْ سَفَلْنَ، وتُحَرَّمُ هِي على أبِ الواطِئِ وابنِه وعلى أجدادِ أجدادِ الواطِئِ وإنْ عَلوا، وعلى أبناءِ أبنائه وإنْ سَفَلوا.

وكذا تَثْبُتُ بالوَطْءِ في النّكاحِ الفاسِدِ وكذا بالوَطْءِ عن شُبْهةٍ بالإجماعِ، وتَثْبُتُ باللّمْسِ فيهِما عن شهوةٍ وبِالنّظَرِ إلى فرجِها عن شهوةٍ عندَنا(٥) ولا تَثْبُتُ بالنّظَرِ إلى سائرِ الأعضاءِ بشهوةٍ ولا بمَسّ سائرِ الأعضاءِ إلاّ عن شهوةٍ بلا خلافٍ. وتفسيرُ الشهوةِ هي أنْ يَشْتَهي بقَلْبه ويُعرَفُ ذلك بإقرارِه؛ لأنّه باطِنٌ لا وُقوفَ عليه لغيرِه، وتَحَرُّكُ الآلةِ وانتِشارُها هل هو شرطُ تحقيقِ الشهوةِ؟ اختلف المشايخُ فيه.

قال بعضُهم: شرطٌ. وقال بعضُهم: ليس بشرطٍ وهو (٦) الصّحيحُ؛ لأنّ المسَّ والنّظَرَ عن شهوةٍ يتحَقّقُ بدونِ ذلك كالعِنِّينِ والمجبوبِ ونحوِ ذلك.

وقال الشّافعيُّ: لا تَثْبُتُ حُرْمةُ المُصاهَرةِ بالنّظَرِ وله في المسِّ قولانِ(٧).

وتَثْبُتُ حُرْمةُ المُصاهَرةِ بالزّنا والمسِّ والنّظَرِ بدونِ النّكاحِ والمِلْكِ وشُبْهَتِه [عندنا] (٨). وعندَ الشّافعيِّ لا تَثْبُتُ الحُرْمةُ (٩) بالزّنا فأولى أنْ لا تَثْبُتَ بالمسِّ والنّظَرِ بدونِ المِلْكِ.

---

(١) في المخطوط: «آية».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) زاد في المخطوط: «كما».
(٤) في المخطوط: «جارية يحرُم».
(٥) انظر في مذهب الحنفية: رءوس المسائل (ص٣٠٩)، خلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (ص١٧٤).
(٦) في المطبوع: «هو».
(٧) مذهب الشافعية: أنه لا يحرم نكاح المصاهرة بالنظر حتى يلمس، انظر رءوس المسائل (ص٣٠٩، ٣١٠).
(٨) زيادة من المخطوط.
(٩) في المخطوط: «حرمته».

احتجَّ الشّافعيُّ بقولِه تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء :٢٣] حَرَّمَ الرّبائبَ المُضافةَ إلى نِسائنا المدخولاتِ وإنّما تكونُ المرأةُ مُضافةً إلينا بالنّكاحِ فكان الدُّخولُ بالنّكاحِ شرطَ ثُبوتِ الحُرْمةِ، وهذا دخولٌ بلا نِكاحٍ فلا تَثْبُتُ به الحُرْمةُ ولا تَثْبُتُ بالنّظَرِ أيضًا؛ لأنّه ليس بمعنى الدُّخولِ ألا ترى أنّه لا يَفْسُدُ به الصّومُ ولا يجبُ به شيءٌ في الإحرامِ، وكذلك اللَّمْسُ في قولٍ وفي قولٍ يَثْبُتُ لأنّه استمتاعٌ بها من وجهٍ فكان بمعنى الوَطْءِ؛ ولِهذا حُرِّمَ بسببِ الإحرامِ كما حُرِّمَ الوَطْءُ.

ورُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنّ رسولَ اللّه ﷺ سُئلَ عن الرّجُلِ يَتْبَعُ المرأةَ حَرامًا أيَنْكِحُ ابنتَها؟ أو يَتْبَعُ البِنْتَ حَرامًا أيَنْكِحُ أُمَّها؟ فقال: «**لا يُحَرِّمُ الحرامُ الحلالَ إنّما يُحَرِّمُ ما كان نِكاحًا حَلالاً**»[١] والتّحريمُ بالزِّنا تحريمُ الحرامِ الحلالَ.

(ولَنا): قولُه تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء :٢٢] والنِّكاحُ يُستَعملُ في العقدِ والوَطْءِ فلا يخلو إمَّا أنْ يكونَ حقيقةً لهما على الاشتِراكِ وإمَّا أنْ يكونَ حقيقةً لأحدِهما مَجازًا للآخَرِ وكيفَ ما كان يجبُ القولُ بتحريمِهِما جميعًا إذْ لا تَنافيَ بينهما كأنّه قال عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء :٢٢] عَقْدًا ووَطْئًا. ورُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**مَنْ نَظَرَ إلى فرجِ امرأةٍ لم تَحِلَّ له أُمُّها ولا ابنَتُها**»[٢] ورُوِيَ: «**حرمت عليه أمها وابنتها**»[٣] وهذا نَصٌّ في البابِ؛ لأنّه ليس فيه ذِكْرُ النّكاحِ. ورُوِيَ عنه ﷺ أنه قال: «**مَلْعونٌ مَنْ نَظَرَ إلى فرجِ امرأةٍ وابنَتِها**»[٤] ولو لم يكنِ النّظرُ

(١) ضعيف: رواه الدارقطني في سننه (٣/ ٢٦٨)، حديث (٨٨)، والطبراني في الأوسط (٥/ ١٠٥)، حديث (٤٨٠٣)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٦٩)، حديث (١٣٧٤٤)، وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ٢٦٨): رواه الطبراني في الأوسط وفيه عثمان بن عبد الرحمن الزهرى وهو متروك وضعفه الألباني في ضعيف الجامع (٦٣٣١).

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٤٨١)، وقال ابن حجر في الفتح (٩/ ١٥٦): وفي الباب حديث ضعيف، أخرجه ابن أبي شيبة من حديث أم هانئ- وبإسناده مجهول. وقال ابن حزم في المحلى (٩/ ٥٣٣): خبر مرسل، ولا حجة في مرسل، لا سيما وفيه الحجاج بن أرطاة، وهو هالك، عن أبي هانئ وهو مجهول.

(٣) ذكره البيهقي في الكبرى (٧/ ١٦٩)، وقال: رواه الحجاج بن أرطاة عن أبي هانئ أو أم هانئ عن النبي ﷺ، وهذا منقطع ومجهول وضعيف، الحجاج بن أرطاة لا يحتج به فيما يسنده، فكيف بما يرسله عمن لا يعرف!!

(٤) روى ابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٤٨٢)، وعبد الرزاق في مصنفه (٧/ ١٩٤)، حديث (١٢٧٤٤)، وابن حزم في المحلى (٩/ ٥٣٠) عن عمرو بن دينار قال: سمعت وهب بن منبه يقول: في التوراة: ملعون

الأوّلُ مُحَرِّمًا للثّاني - وهو النّظَرُ إلى فرجِ ابنَتِها - لم يلحَقْه اللّعنُ؛ لأنّ النّظَرَ إلى فرجِ المرأةِ المنكوحةِ نِكاحًا صحيحًا مُباحٌ فكيفَ يستَحِقُّ اللّعنَ؟ فإذا ثبتتِ الحُرْمةُ بالنّظَرِ فبِالدُّخولِ أولى وكذا باللّمْسِ؛ لأنّ النّظَرَ دونَ اللّمْسِ في تَعَلُّقِ الأحكامِ بهما.

ألا ترى أنّه يَفْسُدُ الصّومُ بالإنزالِ عن المسِّ ولا يَفْسُدُ بالإنزالِ عن النّظَرِ إلى الفرجِ وفي الحجِّ يلزَمُه بالمسِّ عن شهوةٍ الدّمُ أنزل أو لم يُنْزِلْ ولا يلزَمُه شيءٌ بالنّظَرِ إلى الفرجِ عن شهوةٍ أنزل أو لم يُنْزِلْ، فلَمّا ثبتتِ الحُرْمةُ بالنّظَرِ فبِالمسِّ أولى؛ ولأنّ الحُرْمةَ إنّما تَثْبُتُ بالنّكاحِ لكونِه سببًا داعيًا إلى الجِماعِ إقامةً للسَّبَبِ مَقامَ المُسَبَّبِ في موضِعِ الاحتياطِ كما أُقيمَ النّوْمُ المُفْضي إلى الحدَثِ مَقامَ الحدَثِ في انتِقاضِ الطّهارةِ احتياطًا لأمرِ الصّلاةِ، والقُبْلةُ والمُباشَرةُ في التّسبُّبِ والدّعوةُ أبلَغُ من النّكاحِ فكان أولى بإثباتِ الحُرْمةِ؛ ولأنّ الوَطْءَ الحلالَ إنّما كان مُحَرِّمًا للبِنْتِ بمعنى هو موجودٌ هنا وهو أنّه يَصيرُ جامعًا بين المرأةِ وبِنْتِها في الوَطْءِ من حيث المعنى؛ لأنّ وطْءَ إحداهما يُذَكِّرُه وطْءَ الأُخرى فيَصيرُ كأنّه قاضٍ وطَرَه منهما جميعًا، ويجوزُ أنْ يكونَ هذا معنى قولِ النّبيِّ ﷺ: «مَلْعونٌ مَن نَظَرَ إلى فرجِ امرأةٍ وابنَتِها» [١] وهذا المعنى موجودٌ في الوَطْءِ الحرامِ.

وأمّا الآيةُ الكريمةُ فلا حُجّةَ له فيها بل هي حُجّةٌ عليه؛ لأنّها تقتَضي حُرْمةَ رَبيبَتِه التي هي بنتُ امرأتِه التي دخل بها مُطْلَقًا سَواءً دخل بها بعدَ النّكاحِ أو قبلَه بالزّنا.

واسمُ الدُّخولِ يَقَعُ على الحلالِ [٢/ ١٨ب] والحرامِ أو يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ المُرادُ الدُّخولَ بعدَ النّكاحِ، ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ قبلَه فكان الاحتياطُ هو [٢] القولُ بالحُرْمةِ وإذا احتُمِلَ هذا واحتُمِلَ هذا [٣] فلا يَصِحُّ الاحتِجاجُ به مع الاحتِمالِ، على أنّ في هذه الآيةِ إثباتُ الحُرْمةِ بالدُّخولِ في النّكاحِ، وهذا لا يَنْفي الحُرْمةَ بالدُّخولِ بلا نِكاحٍ فكان هذا احتِجاجًا بالمسكوتِ عنه وإنّه لا يَصِحُّ على أنّ [في] [٤] هذه الآيةِ حُجّتَنا على [٥] إثباتِ الحُرْمةِ بالمسِّ؛ لأنّه ذكر الدُّخولَ بهنّ وحقيقةُ الدُّخولِ بالشّيءِ عِبارةٌ عن إدخالِه في [٦] العوْرةِ إلى الحِصْنِ، فكان الدُّخولُ بها هو إدخالُها في الحِصْنِ، وذلك بأخذِ يَدِها أو شيءٍ

من نظر إلى فرج امرأة وابنتها.
(١) سبق تخريجه قريبًا.
(٢) في المخطوط: «في».
(٣) في المخطوط: «ذاك».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «في».
(٦) في المخطوط: «من».

منها ليكونَ هو الدّاخِلُ بها. فأمّا بدونِ ذلك، فالمرأةُ هي الدّاخِلةُ بنفسِها فدَلَّ أنّ المسَّ موجِبٌ للحُرْمةِ أو يُحْتَمَلُ الوَطْءُ ويُحْتَمَلُ المسُّ فيجبُ القولُ بالحُرْمةِ احتياطًا.

وأمّا الحديثُ فقد قِيلَ: إنّه ضَعيفٌ ثمّ هو خَبَرٌ واحِدٌ مُخالِفٌ للكتابِ ولَئِنْ ثبت فنقول بموجِبه؛ لأنّ المذكورَ فيه هو الاتّباعُ لا الوَطْءُ واتّباعُها هو أنْ يُراوِدَها عن نفسِها وذا لا يُحَرِّمُ عندَنا إذِ المُحَرِّمُ هو الوَطْءُ ولا ذِكْرَ له في الحديثِ - واللَّه عَزَّ وجَلَّ الموَفِّقُ -.

فصل [المحرمات بالرضاعة]

وأمّا النّوعُ الثّالثُ: وهو المُحَرَّماتُ بالرّضاعةِ. [فموضِعُ بيانِها كتابُ الرّضاعِ] [1] فكُلُّ مَنْ حَرُمَ لقرابةٍ من الفِرَقِ السّبْعِ الذينَ وصَفَهم اللَّه تعالى يحرُمُ بالرّضاعةِ إلاّ أنّ اللَّهَ تعالى بَيّنَ المُحَرَّماتِ بالقرابةِ بيانَ إبلاغٍ وبَيّنَ المُحَرَّماتِ بالرّضاعةِ بيانَ كفايةٍ حيث لم يذكرْ على التّصْريحِ والتّنْصيصِ إلاّ الأُمّهاتِ والأخواتِ بقولِه تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] ليُعلَمَ حكمُ غيرِ المذكورِ بالمذكور بطَريقِ الاجتِهادِ بالاستدلالِ. ووجه الاستدلالِ نذكرُه في كتابِ الرّضاعِ - إنْ شاء اللَّه تعالى -.

والأصلُ فيه قولُه ﷺ: «**يحرُمُ من الرّضاعِ ما يحرُمُ من النّسَبِ**» [2]، وعليه الإجماعُ أيضًا. وكذا كُلُّ مَنْ يحرُمُ مِمّنْ ذكرنا من الفِرَقِ الأربعِ بالمُصاهَرةِ يحرُمُ بالرّضاعِ، فيحرُمُ على الرّجُلِ أُمُّ زَوْجَتِه وبِنْتُها من الرّضاعِ إلاّ أنّ الأُمَّ تحرُمُ بنفسِ العقدِ إذا كان صحيحًا، والبِنْتُ لا تحرُمُ إلاّ بالدُّخولِ بالأم. وكذا جَدّاتُ الزّوْجةِ لأبيها وأُمِّها، وإنْ عَلونَ وبَناتُ بَناتِها وبَناتُ أبنائها وإنْ سَفَلْنَ من الرّضاعِ. وكذا تحرُمُ حَليلةُ ابنِ الرّضاعِ وابنِ ابنِ الرّضاعِ، وإنْ سَفَلَ على أبي الرّضاعِ وأبي أبيه وإن علا وتحرُمُ مَنْكوحةُ أبي الرّضاعِ وأبي أبيه، وإنْ عَلا على ابنِ الرّضاعِ وابنِ ابنِه وإنْ سَفَلَ وكذا يحرُمُ بالوَطْءِ أُمُّ الموطوءةِ وبِنْتُها من الرّضاعِ على الواطِئ. وكذا جَدّاتُها وبَناتُ بَناتِها وتحرُمُ الموطوءةُ على أبي الواطِئ وابنِه [3] من

(١) ليست في المخطوط.
(٢) رواه البخاري، كتاب الشهادات، باب: الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت، حديث (٢٦٤٥) عن ابن عباس، ومسلم، كتاب الرضاع، باب: تحريم الرضاعة من ماء الفحل، حديث (١٤٤٥) عن عائشة، والترمذي، حديث (١١٤٦) عن علي بن أبي طالب، والنسائي، حديث (٣٣٠١)، وابن ماجه، حديث (١٩٣٧)، وابن حبان (١٠/ ٣٦)، حديث (٤٢٢٣) عن عائشة رضي الله عنها.
(٣) في المخطوط: «وأبيه».

الرّضاعِ. وكذا على أجدادِه وإنْ عَلوا وعلى أبناءِ أبنائه وإنْ سَفَلوا سَواءٌ كان الوَطْءُ حَلالاً بأنْ كان يملِكُ اليمينَ أو كان الوَطْءُ بنِكاحٍ فاسِدٍ أو شُبْهةِ نِكاحٍ أو كان زِنًا، والأصلُ أنّه يحرُمُ بسببِ الرّضاعِ ما يحرُمُ بسببِ النّسَبِ وسببِ المُصاهَرةِ إلاّ في مسألَتَيْنِ يختلفُ فيهما حكمُ المُصاهَرةِ والرّضاعِ نذكرُهما في كتابِ الرّضاعِ إنْ شاء اللّه تعالى.

فصل [في بيان بعض المحرمات]

ومنها: أنْ لا يَقَعَ نِكاحُ المرأةِ التي يتزوّجُها جَمْعًا بين ذَواتِ الأرحامِ ولا بين أكثرَ من أربعِ نِسوةٍ في الأجنَبيّاتِ. وجُمْلةُ الكلامِ في الجمعِ أنّ الجمعَ في الأصلِ نوعانِ: جَمْعٌ بين ذَواتِ الأرحامِ وجَمْعٌ بين الأجنَبيّاتِ.

أمَّا الجمعُ بين ذَواتِ الأرحامِ فنوعانِ: أيضًا جَمْعٌ في النّكاحِ وجَمْعٌ في الوَطْءِ ودَواعيه بمِلْكِ اليمينِ، أمَّا الجمعُ بين ذَواتِ الأرحامِ في النّكاحِ فنقول: لا خلافَ في أنّ الجمعَ بين الأُختَيْنِ في النّكاحِ حَرامٌ؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾ [النساء:٢٣] معطوفًا على قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ﴾ [النساء:٢٣]، ولأنّ الجمعَ بينهما يُفْضي إلى قَطيعةِ الرّحِمِ؛ لأنّ العداوةَ بين الضّرّتَيْنِ ظاهرةٌ، وأنّها تُفْضي إلى قَطيعةِ الرّحِمِ، وقَطيعةُ الرّحِمِ حَرامٌ فكذا المُفْضي [إليه] (١)، وكذا الجمعُ بين المرأةِ (٢) وبِنْتِها لما قلنا بل أولى؛ لأنّ قرابةَ الولادِ مُفْتَرَضةُ الوَصْلِ بلا خلافٍ.

واختُلِفَ في الجمعِ بين ذَواتَيْ رَحِمٍ محرَمٍ سِوَى هَذَيْنِ الجمعَيْنِ وهو: بين امرأتَيْنِ لو كانتْ إحداهما رجلاً لا يجوزُ له نِكاحُ الأُخرى من الجانِبَيْنِ جميعًا أيّتُهما كانتْ غيرَ عَيْنٍ كالجمعِ بين امرأةٍ وعَمَّتِها، والجمعِ بين امرأةٍ وخالَتِها ونحوِ ذلك.

قال عامّةُ العُلَماءِ: لا يجوزُ، وقال عثمانُ البَتّيُّ: الجمعُ فيما سِوَى الأُختَيْنِ وسِوَى المرأةِ وبِنْتِها ليس بحَرامٍ، واحتجَّ بقولِه تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ﴾ [النساء:٢٤] ذكر المُحَرَّماتِ. وذكر فيما حَرَّمَ الجمعَ بين الأُختَيْنِ، وأحَلَّ ما وراءَ ذلك، والجمعُ فيما سِوَى الأُختَيْنِ لم يدخلْ في التّحريم فكان داخِلاً في الإحلالِ إلاّ أنّ الجمعَ [٢/ ١٩أ] بين المرأةِ وبِنْتِها حُرِّمَ بدلالةِ النّصِّ؛ لأنّ قرابةَ الولادِ أقوَى، فالنّصُّ الواردُ ثَمَّةَ يكونُ وارِدًا

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) في المخطوط: «امرأة».

ههنا من طَريقِ الأولى.

(ولَنَا): الحديثُ المشهورُ، وهو ما رُوِيَ عن أبي هريرةَ رضي الله عنه عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال: **«لا تُنكَحُ المرأةُ على عَمَّتِها ولا على خالَتِها ولا على ابنةِ أخيها ولا على ابنةِ أختِها»**، وزادَ في بعضِ الرِّواياتِ: «لا الصُّغْرى على الكُبْرى ولا الكُبْرى على الصُّغْرى»[1] الحديث، أخبر أنّ مَنْ تزوّجَ عَمَّةً ثمّ بنتَ أخيها أو خالةً ثمّ بنتَ أُختِها لا يجوزُ، ثمّ أخبر أنّه إذا تزوّجَ بنتَ الأخِ أوّلاً ثمّ العمَّةَ أو [2] بنتَ الأُختِ أوّلاً ثمّ الخالةَ لا يجوزُ أيضًا لئَلاَّ يُشْكِلَ أنّ حُرْمةَ الجمعِ يجوزُ أنْ تكونَ مختصّةً بأحدِ الطّرفيْنِ دونَ الآخرِ كنِكاحِ الأمةِ على الحُرَّةِ أنّه لا يجوزُ، ويجوزُ نِكاحُ الحُرَّةِ على الأمةِ؛ ولأنّ الجمعَ بين ذَواتَيْ رَحِمٍ محرَمٍ في النّكاحِ سببٌ لقَطيعةِ الرّحِمِ؛ لأنّ الضّرَّتَيْنِ يتنازَعانِ ويختلفانِ ولا يَأتَلِفانِ هذا أمرٌ معلومٌ بالعُرْفِ والعادةِ، وذلك يُفْضي إلى قَطْعِ الرّحِمِ، وأنّه حَرامٌ، والنّكاحُ سببٌ فيحرُمُ حتّى لا يُؤَدِّيَ إليه، وإلى هذا المعنى أشارَ النّبيُّ ﷺ في آخِرِ الحديثِ فيما رُوِيَ أنّه قال: **«إنّكم لو فعَلْتُم ذلك لَقَطَعتُم أرحامَهُنّ»**[3].

ورُوِيَ في بعضِ الرِّواياتِ **«فإنّهُنّ يتقاطَعنَ»**، وفي بعضِها **«أنّه يوجِبُ القطيعةَ»**[4].

ورُوِيَ عن أنَسٍ رضي الله عنه أنّه قال: كان أصحابُ رسولِ اللَّه ﷺ يَكْرَهونَ الجمعَ بين القرابةِ في النّكاحِ، وقالوا: إنّه يورِّثُ الضّغائنَ.

---

(١) رواه البخاري، كتاب النكاح، باب: لا تنكح المرأة على عمتها، حديث (٥١١١)، ومسلم، كتاب النكاح، باب: تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، حديث (١٤٠٨)، وأبو داود، حديث (٢٠٦٥)، والترمذي، حديث (١١٢٦)، وابن حبان في صحيحه (٩/ ٤٢٧)، حديث (٤١١٨)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٦٦)، حديث (١٣٧٢٦)، وسعيد بن منصور، (١/ ٢٠٨)، حديث (٦٥٢)، والطبراني في الأوسط (٤/ ٣٨٢، ٣٨٣)، حديث (٤٤٩٣)، كلهم عن أبي هريرة رضي الله عنه، وزيادة: ولا تنكح الصغرى على الكبرى-، ليست في الصحيحين وهي زيادة صحيحة، انظر صحيح الجامع (٧٤٧٣).

(٢) في المخطوط: «و».

(٣) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وإنما رواه الطبراني في الكبير (١١/ ٣٣٧) عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى أن تزوج المرأة على العمة وعلى الخالة، وقال: إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم. وقال الحافظ في الدراية: صححه ابن حبان. وانظر نصب الراية للزيلعي (٣/ ١٦٩).

(٤) لم أقف عليه بهذين اللفظين، وإنما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣/ ٥٢٧)، وأبو داود في المراسيل (ص ١٨٢)، حديث (٢٠٨)، عن عيسى بن طلحة قال: نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة، وانظر نصب الراية (٣/ ١٦٩)، والدراية (٢/ ٥٦)، والتلخيص الحبير (٣/ ١٦٨).

ورُوِيَ عن عبدِ اللَّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنه أنّه كرِهَ الجمعَ بين بنتَيْ عَمَّيْنِ، وقال: لا أُحَرِّمُ ذلك ولكنْ أكرَهُه أمَّا الكراهةُ فلِمكانِ القطيعةِ، وأمَّا عَدَمُ الحُرْمةِ، فلأنّ القرابةَ بينهما ليستْ بمُفْتَرَضةِ الوَصْلِ [(١)].

أمَّا الآيةُ فيُحْتَمَلُ أنْ يكونَ معنى قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء:٢٤] أي: ما وراءَ ما حَرَّمَه اللَّه تعالى، والجمعُ بين المرأةِ وعَمَّتِها وبِنْتِها وبين خالَتِها مِمَّا قد حَرَّمَه اللَّه تعالى على لسانِ رسولِ اللَّه ﷺ الذي هو [وحْيٌ] [(٢)] غيرُ مَتْلوٍّ على أنّ حُرْمةَ الجمعِ بين الأُختَيْنِ معلولةٌ بقَطْعِ [(٣)] الرّحِمِ [(٤)]، والجمعُ ههنا يُفْضي إلى قَطْعِ الرّحِمِ، فكانتْ حُرْمةً [(٥)] ثابِتةً بدلالةِ النّصِّ فلم يكنْ ما وراءَ ما حُرِّمَ في آيةِ التّحريمِ، ويجوزُ الجمعُ بين امرأةٍ وبِنْتِ زَوْجٍ كان لها من قبلُ، أو بين امرأةٍ وزَوْجةٍ كانتْ لأبيها وهما واحِدٌ؛ لأنّه لا رَحِمَ بينهما فلم يوجَدِ الجمعُ بين ذَواتَيْ رَحِمٍ.

وقال زُفَرُ وابنُ أبي ليلى: لا يجوزُ؛ لأنّ البِنْتَ [(٦)] لو كانتْ رجلاً لَكان لا يجوزُ له أنْ يتزَوّجَ الأُخرى؛ لأنّها مَنْكوحةُ أبيه فلا يجوزُ الجمعُ بينهما كما لا يجوزُ الجمعُ بين الأُختَيْنِ، وإنّا نقول: الشّرطُ أنْ تكونَ الحُرْمةُ ثابِتةً من الجانِبَيْنِ جميعًا، وهو أنْ يكونَ كُلُّ واحِدةٍ منهما أيّتُهما كانتْ بحيث لو قُدِّرَتْ رجلاً لَكان لا يجوزُ له نِكاحُ الأُخرى، ولم يوجَدْ هذا الشّرطُ؛ لأنّ الزّوْجةَ منهما لو كانتْ رجلاً لَكان يجوزُ له أنْ يتزَوّجَ الأُخرى؛ لأنّ الأُخرى لا تكونُ بنتَ الزّوْجِ فلم تَكُنِ الحُرْمةُ ثابِتةً من الجانِبَيْنِ فجاز الجمعُ بينهما كالجمعِ بين الأُختَيْنِ ولو تَزَوّجَ الأُختَيْنِ مَعًا فسد نِكاحُهما؛ لأنّ نِكاحَهما معًا حَصَلَ جَمْعًا بينهما في النِّكاحِ وليستْ إحداهما بفَسادِ النِّكاحِ بأولى من الأُخرى فيُفَرَّقُ بينه وبينهما، ثمّ إنْ كان قبلَ الدُّخولِ فلا مَهْرَ لهما ولا عِدَّةَ عليهما؛ لأنّ النِّكاحَ الفاسِدَ لا حكمَ له قبلَ الدُّخولِ، وإنْ كان قد دخل بهما فلِكُلِّ واحِدةٍ منهما العُقْرُ وعليهما العِدَّةُ؛

---

(١) لم أقف عليه بهذا السياق من قول ابن مسعود، وقد أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» (٦/ ٢٦٣)، عن غير واحد من التابعين.

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «بقطيعة».

(٤) زاد في المخطوط هنا: «حرم في آية التحريم، ويجوز الجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل» وهو تكرار سيأتي على الصواب قريبًا.

(٥) في المخطوط: «حرمته».

(٦) في المخطوط: «إحداهما».

لأنّ هذا حكمُ الدُّخولِ في النِّكاحِ الفاسِدِ على ما نذكرُه - إنْ شاء اللّه تعالى - في موضِعِه.

وإنْ تَزَوّجَ إحداهما بعدَ الأُخرى جاز نِكاحُ الأولى، وفَسَدَ نِكاحُ الثّانيةِ ولا يَفْسُدُ نِكاحُ الأُولى لفَسادِ نِكاحِ الثّانيةِ؛ لأنّ الجمعَ حَصَلَ بنِكاحِ الثّانيةِ فاقتَصرَ الفسادُ عليه ويُفرَّقُ بينه وبين الثّانيةِ فإنْ كان لم يدخلْ بها فلا مَهْرَ ولا عِدَّةَ، وإنْ كان دخل بها فلَها المهْرُ وعليها العِدَّةُ لما بيّنّا، ولا يجوزُ له أنْ يَطَأَ الأُولى ما لم تنقضِ عِدَّةُ الثّانيةِ لما نذكرُ - إنْ شاء اللّه تعالى -.

وإنْ تَزَوّجَ أُختَيْنِ في عُقْدَتَيْنِ لا يدري أيّتُهما أُولى لا يجوزُ له التّحرِّي بل يُفَرَّقُ بينه وبينهما؛ لأنّ نِكاحَ إحداهما فاسِدٌ بيَقينٍ - وهي مجهولةٌ - ولا يُتَصَوّرُ حُصُولُ مَقاصِدِ النّكاحِ من المجهولةِ فلا بُدَّ من التّفريقِ ثمّ إنِ ادَّعَتْ كُلُّ واحِدةٍ منهما أنّها هي الأُولى ولا بَيِّنَةَ لها يُقْضَى لها بنصفِ المهْرِ؛ لأنّ النّكاحَ الصّحيحَ أحدُهما، وقد حَصَلَتِ الفُرْقةُ قبلَ الدُّخولِ لا بصُنْعِ المرأةِ [٢/ ١٩ب] فكان الواجبُ نصفَ المهْرِ، ويكونُ بينهما لعَدَمِ التّرْجيحِ إذْ ليستْ إحداهما بأولى من الأُخرى.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه لا يلزَمُ الزّوْجَ شيءٌ، ورُوِيَ عن محمّدٍ أنّه يجبُ عليه المهْرُ كامِلاً، وإنْ قالتا: لا نَدْري أيّتُنا الأُولى لا يُقْضَى لهما بشيءٍ؛ لكونِ المُدَّعيةِ منهما مجهولةً إلاّ إذا اصْطَلَحَتْ على شيءٍ فحينَئذٍ يُقْضَى لها، وكذلك المرأةُ وعَمّتُها وخالَتُها في جميعِ ما وصَفْنا، وكما لا يجوزُ للرَّجُلِ أنْ يتزوّجَ امرأةً في نِكاحِ أُختِها لا يجوزُ له أنْ يتزَوّجَها في عِدَّةِ أُختِها، وكذلك التّزَوُّجُ بامرأةٍ هي ذاتُ رَحِمٍ محرَمٍ من امرأةٍ بعقْدٍ منه.

والأصلُ أنّ ما يمنَعُ [1] صُلْبَ النّكاحِ من الجمعِ بين ذَواتِي [2] المحارِمِ فالعِدَّةُ تَمْنَعُ منه. وكذا لا يجوزُ له أنْ يتزَوّجَ أربعًا من الأجنَبيّاتِ، والخامِسةُ تَعتَدُّ منه سَواءٌ كانتِ العِدَّةُ من طَلاقٍ رَجْعيٍّ أو بائنٍ أو ثلاثٍ أو بالمحرَميّةِ الطّارئةِ بعدَ الدُّخولِ، أو بالدُّخولِ في نِكاحٍ فاسِدٍ أو بالوَطْءِ في شُبْهةٍ، وهذا عندَنا[3]. وقال الشّافعيُّ - رحمه الله -: يجوزُ

---

(١) في المخطوط: «منع في». (٢) في المخطوط: «ذوات».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٤٦٦).

إلاَّ في عِدَّةٍ من طَلاقٍ رَجْعيٍّ[(١)]، ورُوِيَ عن جَماعةٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم مثلُ قولِنا نحوَ عَليٍّ وعبدِ اللّه بنِ عبّاسٍ وزَيْدِ بنِ ثابِتٍ رضي الله عنهم.

(وجه قولِه): إنّ المُحَرَّمَ هو الجمعُ بين الأُختَيْنِ في النِّكاحِ، والنِّكاحُ قد زالَ من كُلِّ وجهٍ؛ لوُجودِ المُزيلِ له - وهو الطّلاقُ الثّلاثُ أو البائنُ - ولِهذا لو وطِئَها بعدَ الطّلاقِ الثّلاثِ مع العلمِ بالحُرْمةِ لَزِمَه الحدُّ فلم يتحقَّقِ الجمعُ في النّكاحِ فلا تَثْبُتُ الحُرْمةُ.

(ولَنا): أنّ مِلْكَ الحبْسِ بالعقدِ قائمٌ، فإنّ الزّوْجَ يملِكُ مَنْعَها من الخروجِ والبُروزِ، وحُرْمةُ التّزوُّجِ بزَوْجٍ آخَرَ ثابِتةٌ والفِراشُ قائمٌ حتّى لو جاءتْ بوَلَدٍ إلى سَنَتَيْنِ من وقتِ الطّلاقِ، وقد كان قد دخل بها يَثْبُتُ النّسَبُ، فلو[(٢)] جاز النّكاحُ لَكان النّكاحُ جَمْعًا بين الأُختَيْنِ في هذه الأحكامِ، فيدخلُ تحت النّصِّ، ولأنّ هذه أحكامُ النّكاحِ؛ لأنّها شُرِعَتْ وسيلةً إلى أحكامِ[(٣)] النّكاحِ فكان النّكاحُ قائمًا من وجهٍ ببَقاءِ بعضِ أحكامِه، والثّابِتُ من وجهٍ مُلْحَقٌ بالثّابِتِ من كل وجهٍ في بابِ الحُرْمةِ[(٤)] احتياطًا.

ألا ترى أنّه أُلْحِقَتِ الأُمُّ والبِنْتُ من وجهٍ بالرّضاعةِ بالأمِّ والبِنْتِ من كُلِّ وجهٍ بالقرابةِ، وأُلْحِقَتِ المنْكوحةُ من وجهٍ - وهي المُعتَدَّةُ - بالمنْكوحةِ من كُلِّ وجهٍ في حُرْمةِ النّكاحِ كذا هذا.

ولأنّ الجمعَ قبلَ الطّلاقِ إنّما حُرِّمَ؛ لكونِه مُفْضيًا إلى قَطيعةِ الرّحِمِ، لأنّه يورِّثُ الضّغينةَ، وإنّها تُفْضي إلى القطيعةِ، والضّغينةُ ههنا أشَدُّ؛ لأنّ مُعظَمَ النّعمةِ - وهو مِلْكُ الحِلِّ - الذي هو سببُ اقتضاءِ الشهوةِ قد زالَ في حَقِّ المُعتَدَّةِ، وبِنِكاحِ الثّانيةِ يَصيرُ جميعُ ذلك لها وتقومُ مَقامها وتَبْقَى هي محرومةُ الحظِّ (للحالِّ من الأزواج)[(٥)] فكانتِ الضّغينةُ أشَدَّ فكانتْ أدعَى إلى القطيعةِ بخلافِ ما بعدَ انقِضاءِ العِدَّةِ؛ لأنّ هناك لم يَبْقَ شيءٌ من عَلائقِ الزّوْجِ الأوّلِ فكان لها سبيلُ الوُصولِ إلى زَوْجٍ آخَرَ فتستَوْفي حَظَّها من الثّاني فتُسَلَّى به فلا تَلْحَقُها الضّغينةُ، أو كانتْ أقَلَّ منه في حالِ قيامِ العِدَّةِ فلا يستقيمُ

(١) مذهب الشافعية: أن من طلق امرأته طلاقًا بائنًا فله نكاح أختها في عدتها، أما إن كان الطلاق رجعيًا فلا تحل حتى تنقضي عدتها، انظر الهداية (ص٤٦٦، ٤٦٧)، مختصر المزني (ص١٧٦)، روضة الطالبين (٧/ ١١٧)، مغني المحتاج (٣/ ١٨٢).

(٢) في المخطوط: «ولو».

(٣) في المخطوط: «مقاصد».

(٤) في المخطوط: «الحرمات».

(٥) في المخطوط: «من الأزواج للحال».

الاستدلال. ولو خَلا بامرأتِه ثمّ طَلَّقَها لم يتزوّجْ أُختَها حتّى تنقضيَ عِدَّتُها؛ لأنّه وجبتْ عليها العِدَّةُ بالخلْوةِ فيُمْنَعُ نِكاحُ الأُختِ كما لو وجبتْ بالدُّخولِ حقيقةً.

فصل [في الجمع في اللفظ بملك اليمين]

وأمَّا الجمعُ في الوَطْءِ بمِلْكِ اليمينِ فلا يجوزُ عندَ عامَّةِ الصّحابةِ مثلِ عمرَ وعَليٍّ وعبدِاللَّه بنِ مسعودٍ وعبدِ اللَّه بنِ عمرَ رضي الله عنهم ورُوِيَ عن عثمانَ رضي الله عنه أنّه قال: (كُلُّ شيءٍ حَرَّمَه اللَّه تعالى من الحرائرِ حَرَّمَه اللَّه تعالى من الإماءِ إلاَّ الجمعَ)[١] أي: الجمعَ في الوَطْءِ بمِلْكِ اليمينِ.

ورُوِيَ أنّ رجلاً سأل عثمانَ رضي الله عنه عن ذلك فقال: (ما أُحِبُّ أنْ أُحِلَّه ولكنْ أحَلَّتْهما آيةٌ، وحَرَّمَتْهما آيةٌ، وأمّا أنا فلا أفعلُه)[٢] فخرج الرّجُلُ من عندِه فلَقيَ عَليًّا فذكر له ذلك فقال: لو أنّ لي من الأمرِ شيئًا لَجَعَلْت مَنْ فعل [ذلك][٣] نَكالاً. وقولُ عثمانَ رضي الله عنه: (أحَلَّتْهما آيةٌ وحَرَّمَتْهما آيةٌ) عَنَى بآيةِ التّحليلِ قولَه عَزَّ وجَلَّ: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ [فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ]﴾ [المؤمنون: ٦] وبآيةِ التحريمِ قولَه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ [إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ]﴾ [النساء: ٢٣] وذلك منه إشارةٌ إلى تعارُضِ دليلي الحِلِّ والحُرْمةِ فلا تَثْبُتُ الحُرْمةُ مع التّعارُضِ، ولِعامَّةِ الصّحابةِ رضي الله عنهم الكتابُ العزيزُ والسّنّةُ.

أمّا الكتاب: فقولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] والجمعُ بينهما في الوَطْءِ جَمْعٌ فيكونُ حَرامًا.

وأمّا السّنّة: فما رُوِيَ عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال: «مَنْ كان يُؤمِنُ باللَّه واليومِ الآخِرِ فلا يَجمعنّ ماءَه في رَحِمِ أُختَيْنِ»[٤].

---

(١) لم أقف عليه بهذا السياق، ولكن أخرجه مالك في الموطأ نحوه، كتاب: النكاح، باب: نكاح الأمة على الحرة، برقم (١١٣٩)، عن سعيد بن المسيب.

(٢) أخرجه مالك، كتاب: النكاح، باب: ما جاء في كراهية إصابة الأختين بملك اليمين، برقم (١١٤٤)، والشافعي في مسنده ص (٢٨٨)، والدارقطني في سننه (٣/ ٢٨١)، حديث (١٣٥)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٦٣)، حديث (١٣٧٠٨).

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) ذكره ابن الجوزي في التحقيق في أحاديث الخلاف (٢/ ٢٧٣)، ولم يعزه إلى كتاب من كتب الحديث.

وأمَّا قولُ [٢/ ٢٠أ] عثمانَ رضي الله عنه: (أحَلَّتْهما آيةٌ وحَرَّمَتْهما آيةٌ) فالأخذُ بالمُحَرَّمِ أولى عندَ التّعارُضِ احتياطًا للحُرْمةِ؛ لأنّه يلحَقُه المأثمُ بارتِكابِ المُحَرَّمِ، ولا مَأثَمَ في تركِ المُباحِ؛ ولأنّ الأصلَ في الأبضاعِ هو الحُرْمةُ والإباحةُ بدليلٍ، فإذا تعارض دليلُ الحِلِّ والحُرْمةِ تَدافَعا فيجبُ العملُ بالأصلِ، وكما لا يجوزُ الجمعُ بينهما في الوَطْءِ لا يجوزُ في الدّواعي من اللَّمْسِ والتّقْبيلِ والنّظَرِ إلى الفرجِ عن شهوةٍ؛ لأنّ الدّواعيَ [(١)] إلى الحرامِ حَرامٌ إذا عُرِفَ هذا، فنقول: إذا مَلَكَ أُختَيْنِ فلَه أنْ يَطَأَ إحداهما؛ لأنّ الأمةَ لا تَصيرُ فِراشًا بالمِلْكِ، وإذا وطِئَ إحداهما ليس له أنْ يَطَأَ الأُخرى بعدَ ذلك؛ لأنّه لو وطِئَ لَصار جامعًا بينهما في الوَطْءِ حقيقةً.

وكذا إذا مَلَكَ جاريةً فوَطِئَها ثمّ مَلَكَ أُختَها كان له أنْ يَطَأَ الأُولى لما قلنا، وليس له أنْ يَطَأَ الأُخرى بعدَ ذلك ما لم يُحَرِّم فرجَ الأُولى على نفسِه إمَّا بالتّزْويجِ أو بالإخراجِ عن مِلْكِه بالإعتاقِ أو بالبيْعِ أو بالهِبةِ أو بالصّدَقةِ؛ لأنّه لو وطِئَ الأُخرى لَصار جامعًا بينهما في الوَطْءِ حقيقةً، وهذا لا يجوزُ ولو كاتَبَها يَحِلُّ له وطْءُ الأُخرى في ظاهرِ الرِّوايةِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه قال: لا يَحِلُّ؛ لأنّه بالكتابةِ لم يملِكْ وطْأها غيرُه. وقال في هذه الرِّوايةِ أيضًا: إنّه لو مَلَكَ فرجَ الأُولى غيرُه لم يكنْ له أنْ يَطَأَ الأُخرى حتّى تَحيضَ الأُولى حَيْضةً بعدَ وطْئِها لجوازِ أنْ تكونَ حامِلًا [منه] [(٢)] فيكونُ جامعًا ماءَه في رَحِمِ أُختَيْنِ فيستَبْرِئُها بحَيْضةٍ حتّى يَعلَمَ أنّها ليستْ بحامِلٍ.

(وجه ظاهرِ الرِّوايةِ): أنّه حَرَّمَ فرجَها على المولى بالكتابةِ، ألا ترى أنّه لو وطِئَها لَزِمَه العُقْرُ.

ولو وُطِئَتْ بشُبْهةٍ أو نِكاحٍ كان المهْرُ لها لا للمولى، فلا يَصيرُ بوَطْءِ الأُخرى جامعًا بينهما في الوَطْءِ.

ولو تَزَوّجَ جاريةً ولم يَطَأْها حتّى مَلَكَ أُختَها، فليس له أنْ يَطَأَ المشتَراةَ؛ لأنّ الفِراشَ

وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/ ١٦٦): «قال ابن عبد الهادي: لم أجد له سندًا بعد أن فتشت عليه في كتب كثيرة»، وقال في الدراية (٢/ ٥٥)، حديث (٥٣٢): «لم أجده»، وقال ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٢/ ١٩٣)، حديث (١٩٦٤): غريب. وكذا قال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ١٦٨).

(١) في المخطوط: «الداعي».

(٢) زيادة من المخطوط.

يَثْبُتُ بنفسِ النّكاحِ، ولأنّ مِلْكَ النّكاحِ يُقْصَدُ به الوَطْءُ والوَلَدُ فصارتِ المنْكوحةُ موطوءةً حكمًا، فلو وطِئَ المشتَراةَ لَصار جامعًا بينهما في الوَطْءِ.

ولو كانتْ في مِلْكِه جاريةٌ قد وطِئَها ثمّ تَزَوّجَ أُختَها (وتَزَوّجَ أُختَ) [1] أُمِّ ولَدِه جاز النّكاحُ عندَ عامّةِ العُلَماءِ[2]، ولكنْ لا يَطَأُ الزّوْجةَ ما لم يُحَرِّم فرجَ الأمةِ التي في مِلْكِه أو أُمَّ ولَدِه. وقال مالِكٌ: لا يجوزُ النّكاحُ[3].

(وجه قوله): أنّ النّكاحَ بمنزِلةِ الوَطْءِ بدليلِ أنّه يثبت به النّسَبُ كالوَطْءِ [4]، وبِدليلِ أنّه لا يجوزُ له أنْ يَطَأَ المملوكةَ ههنا بعدَ نِكاحِ أُختِها فلو لم يكنْ بمنزِلةِ الوَطْءِ لَجاز، وإذا كان النّكاحُ بمنزِلةِ الوَطْءِ يَصيرُ بالنّكاحِ جامعًا بينهما في الوَطْءِ، وأنّه لا يجوزُ.

(ولَنا): أنَّ النّكاحَ ليس بوَطْءٍ حقيقةً وليس بمنزِلةِ الوَطْءِ أيضًا؛ لأنّ النّكاحَ يُلاقي الأجنَبيّةَ، ولا يجوزُ وطْءُ الأجنَبيّةِ فلا يكونُ نِكاحُها جامعًا [5] بينهما في الوَطْءِ إلاّ أنّ النّكاحَ إذا انعقد يجعلُ الوَطْءَ موجودًا حكمًا بعدَ الانعِقادِ لما أنّ الحكمَ المختصّ بالنّكاحِ هو حل الوَطْءُ، وثَمرَتُه المطْلوبةُ منه الوَلَدُ، ولا حُصُولَ له عادةً بدونِ الوَطْءِ فجعله (الشّارعُ حكمًا واطِئًا) [6] بعدَ انعِقادِ النّكاحِ، وألحقَ الوَلَدَ بالفِراشِ، فلو وطِئَ المملوكةَ لَصار جامعًا بينهما وطْئًا؛ ولأنّ الأمةَ لا تَصيرُ فِراشًا بنفسِ الوَطْءِ عندَنا حتّى لا يَثْبُتَ النّسَبُ بدونِ الدّعوةِ، فلا يكونُ نِكاحُ أُختِها جَمْعًا بينهما في الفِراشِ فلا يُمْنَعُ منه، وأُمُّ الوَلَدِ فِراشُها ضَعيفٌ حتّى يَنْتفيَ نَسَبُ ولَدِه بمُجَرَّدِ قولِه، وهو مُجَرَّدُ النّفْيِ من غيرِ لعانٍ. وكذا يُحْتَمَلُ النّقْلُ إلى غيرِه فلا يتحقّقُ النّكاحُ جَمْعًا بينهما في الفِراشِ مُطْلَقًا فلا يُمْنَعُ (نَسَبُ ولَدِه بمُجَرَّدِ قولِه وهو مُجَرَّدُ النّفْيِ من غيرِ لعانٍ) [7] واللّه عزَّ وجَلَّ أعلمُ.

ولا يجوزُ أنْ يتزَوّجَ أُختَ أُمِّ ولَدِه التي تَعتَدُّ منه بأنّه أعتقَها ووَجَبَتْ عليها العِدّةُ في قولِ

---

(١) في المخطوط: «أو تزوج».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٤٦٤).

(٣) مذهب المالكية: أن من كان عنده امرأة بنكاح أو ملك فأراد استباحة وطء أختها لم يجز له ذلك إلا بأن يحرم الأولى عليه بطلاق بائن إن كانت زوجة أو ببيع أو إعتاق أو هبة إن كانت أمة. انظر المعونة (٢/ ٥٨٨).

(٤) في المخطوط: «كما لو وطئ».

(٥) في المخطوط: «جمعًا».

(٦) في المخطوط: «الشرع واطئًا حكمًا».

(٧) في المخطوط: «منه».

أبي حنيفةَ - رحمه الله - ويجوزُ أنْ [يتزوج] [(١)] أربعًا في عِدَّتِها، وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ: يجوزُ كِلاهما وقال زُفَرُ: لا يجوزُ كِلاهما.

(وجه قولِه [(٢)]): أنّ هذه مُعتَدَّةٌ، فلا يجوزُ التّزَوُّجُ بأُختِها وأربعٍ سِواها كالحُرَّةِ المُعتَدَّةِ.

(وجه قولِهما): إنّ الحُرْمةَ في الحُرَّةِ لمكانِ الجمعِ بينهما في النِّكاحِ من وجهٍ، ولم يوجَدْ في أُمِّ الوَلَدِ لانعِدامِ النِّكاحِ أصلاً؛ ولأنّ العِدَّةَ في أُمِّ الوَلَدِ أثرُ فِراشِ المِلْكِ، وحقيقةُ الفِراشِ فيها لا يمنَعُ النِّكاحَ حتّى لو تزَوّجَ أُختَ أُمِّ ولَدِه وأربعَ [(٣)] نِسوةٍ قبلَ أنْ يُعتِقَها جاز، فإذا لم يكنْ فِراشُ المِلْكِ حقيقةً مانِعًا فأثرُه أولى أنْ لا يمنَعَ.

(ولأبي حنيفةَ): أنّه إنّما جاز نِكاحُ أُختِ أُمِّ [٢/ ٢٠ب] الوَلَدِ قبلَ الإعتاقِ؛ لضَعفِ فِراشِها على ما بَيّنّا فإذا أعتقَها قَوِيَ فِراشُها، فكان نِكاحُ أُختِها جَمْعًا بينهما في الفِراشِ وهو استِلْحاقُ نَسَبِ ولَدَيْها، ولا يجوزُ استِلْحاقُ نَسَبِ ولَدِ أُختَيْنِ في زَمانٍ واحِدٍ، ولِهذا لو تَزَوّجَ أُختَ أُمِّ ولَدِه لا يَحِلُّ له وطْءُ المنْكوحةِ حتّى يُزيلَ فِراشَ أُمِّ الوَلَدِ ونِكاحَ الأربعِ وإنْ كان جَمْعًا بينهُنّ وبينها في الفِراشِ، لكنِ الجمعَ [ههنا] [(٤)] في الفِراشِ جائزٌ.

ألا ترى أنّه جاز قبلَ الإعتاقِ فإنّه إذا تَزَوّجَ أربعًا قبلَ الإعتاقِ يَحِلُّ له وطْؤُهُنّ ووَطْءُ أُمِّ الوَلَدِ، فكذا بعدَ الإعتاقِ واللّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

فصل [في الجمع بين الأجنبيات]

وأمّا الجمعُ بين الأجنبيّاتِ فنوعانِ أيضًا: جَمْعٌ في النّكاحِ، وجَمْعٌ في الوَطْءِ ودَواعيه بمِلْكِ اليمينِ.

اما الجمعُ في النكاحِ: فنقول: لا يجوزُ للحُرِّ أنْ يتزَوّجَ أكثرَ من أربعِ زَوْجاتٍ من الحرائرِ والإماءِ عندَ عامّةِ العُلَماءِ. وقال بعضُهم: يُباحُ له الجمعُ بين التِّسعِ. وقال بعضُهم: يُباحُ له الجمعُ بين ثَمانيةَ عشرَ.

---

(١) زاد في المطبوع: «تتزوج».

(٢) في المخطوط: «قول زفر».

(٣) في المخطوط: «أو أربع».

(٤) ليست في المخطوط.

واحتَجُّوا بظاهرِ قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء:٣].

فالأوّلونَ قالوا: إنّ اللّهَ تعالى ذكر هذه الأعدادَ بحَرْفِ الواوِ، وأنّه للجَمْعِ، وجُمْلَتُها تِسعةٌ، فيقتضي إباحةَ نِكاحِ تِسعٍ [1]، واستَدَلُّوا أيضًا بفعلِ رسولِ اللّه ﷺ أنّه تَزَوّجَ تِسعَ نِسوةٍ، وهو قُدْوةُ الأُمَّةِ.

والآخَرونَ قالوا: المثْنَى ضِعفُ الاثْنَيْنِ، والثُّلاثُ ضِعفُ الثّلاثةِ، والرّباعُ ضِعفُ الأربعةِ فجُمْلَتُها ثَمانيةَ عشرَ.

(ولَنا): ما رُوِيَ أنّ رجلاً أسلَمَ وتحته ثَمانِ نِسوةٍ فأسلمنَ فقال له رسولُ اللّه: ﷺ «اختر منهنّ أربعةَ وفارِقِ البواقيَ»[2] أمرَه ﷺ بمُفارَقةِ البواقي، ولو كانتِ الزِّيادةُ على الأربعِ حَلالاً لَما أمرَه، فدَلَّ أنّه مُنْتَهَى العَدَدِ المشروعِ - وهو الأربعُ - ولأنّ في الزِّيادةِ على الأربعِ خَوْفَ الجوْرِ عليهِنّ بالعجْزِ عن القيام بحُقوقِهِنّ؛ لأنّ الظّاهرَ أنّه لا يقدِرُ على الوَفاءِ بحُقوقِهِنّ وإليه وقَعَتِ الإشارةُ بقولِه عزَّ وجَلَّ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ [النساء:٣] أي: أنْ لا تَعدِلـوا في القسمِ والجِماعِ والنّفَقةِ في نِكاحِ المثْنَى والثُّلاثِ والرّباعِ فواحِدةً بخلافِ نِكاحِ رسولِ اللّه ﷺ لأنّ خَوْفَ الجورِ منه غيرُ موهومٍ؛ لكونِه مُؤيّدًا على القيامِ بحُقوقِهِنّ بالتّأبيدِ الإلَهيِّ، فكان ذلك من الآياتِ الدّالةِ على نُبوّتِه؛ لأنّه آثَرَ الفقرَ على الغِنَى والضِّيقَ على السّعةِ وتَحَمُّلَ الشّدائدِ والمشاقِّ على الهوَيْنا والدعة من العِباداتِ والأُمورِ الثّقيلةِ، وهذه الأشياءُ أسبابُ قَطْعِ الشّهَواتِ والحاجةِ إلى النِّساءِ، ومع ذلك كان

---

(١) في المخطوط: «التسع».

(٢) رواه الدارقطني في سننه (٣/ ٢٦٩)، حديث (٩٣)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٨٣)، حديث (١٣٨٢٨) عن ابن عباس قال: أسلم غيلان بن سلمة وتحته عشر نسوة، فأمره رسول الله ﷺ أن يمسك أربعًا ويفارق سائرهن. قال: وأسلم صفوان بن أمية وعنده ثمان نسوة فأمره رسول الله ﷺ أن يسمك أربعًا ويفارق سائرهن، وفيه: الواقدي: وهو متروك مع سعة علمه، وعبد الله بن أبي سفيان: مقبول، ورواه الدارقطني (٣/ ٢٧٠)، حديث (٩٦) بلفظ: «خذ منهن أربعًا وفارق سائرهن»، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٥/ ٢٠٨)، حديث (٢٧٣٧)، وانظر التلخيص الحبير (٣/ ١٦٨)، حديث (١٥٢٧). ورواه أبو داود في كتاب الطلاق، باب: من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع . . .، حديث (٢٢٤١)، وابن ماجه، حديث (١٩٥٢) عن وهب الأسدى قال: أسلمت وعندى ثمان نسوة، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال: «اختر منهن أربعًا»، وفي لفظ: «خذ منهن أربعًا»، وصححه الألباني في صحيح سنن أبي داود، وصحيح الجامع (٢٢٢)، وانظر التاريخ الكبير للبخاري (٢/ ٢٦٢)، (٢٣٩٧)، ترجمة الحارث بن قيس بن عميرة الأسدي.

يقومُ بحُقوقِهِنّ دَلَّ ذلك أنّه ﷺ إنّما قَدَرَ على ذلك باللّه تعالى.

وأمّا الآيةُ فلا يُمْكِنُ العملُ بظاهِرِها؛ لأنّ المثْنَى ليس عِبارةً عن الاثْنَيْنِ ولا الثُّلاثَ عن الثَّلاثِ والرّباعَ عن الأربعِ، بل أدنَى ما يُرادُ بالمثْنَى مرّتانِ من هذا العدَدِ، وأدنَى ما يُرادُ بالثُّلاثِ ثلاثُ مرّاتٍ من العدَدِ. وكذا الرّباعُ، وذلك يزيدُ على التِّسعةِ (وثمانيةَ عشرَ) [(١)]، ولا قائلَ به، دَلَّ أنّ العملَ بظاهرِ الآيةِ مُتَعَذِّرٌ فلا بُدَّ لها من تأويلٍ، ولها تأويلانِ:

أحدُهما: أنْ يكونَ على التّخييرِ بين نِكاحِ الاثْنَيْنِ والثّلاثِ والأربعِ كأنّه قال عَزَّ وجَلَّ: مَثْنَى أو ثُلاثَ أو رُباعَ واستِعمالُ الواوِ مَكان «أو» جائزٌ.

والثاني: أنْ يكونَ ذِكْرُ هذه الأعدادِ على التّداخُلِ، وهو أنّ قولَه: ﴿وَثُلَٰثَ﴾ تَدْخُلُ فيه المثْنَى، وقولَه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَرُبَٰعَ﴾ يدخلُ فيه الثُّلاثُ كما في قولِه تعالى: ﴿قُلۡ أَئِنَّكُمۡ لَتَكۡفُرُونَ بِٱلَّذِي خَلَقَ ٱلۡأَرۡضَ فِي يَوۡمَيۡنِ﴾ [فصلت: ٩] ثمّ قال عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَجَعَلَ فِيهَا رَوَٰسِيَ مِن فَوۡقِهَا وَبَٰرَكَ فِيهَا وَقَدَّرَ فِيهَآ أَقۡوَٰتَهَا فِيٓ أَرۡبَعَةِ أَيَّامٖ﴾ [فصلت: ١٠] واليومانِ الأوّلانِ داخلانِ في الأربعِ؛ لأنّه لو لم يكنْ كذلك لَكان خَلْقُ هذه الجُمْلةِ في سِتّةِ أيّامٍ، ثمّ أخبر عَزَّ وجَلَّ أنّه خَلَقَ السّمواتِ في يومَيْنِ بقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَقَضَىٰهُنَّ سَبۡعَ سَمَٰوَاتٖ فِي يَوۡمَيۡنِ﴾ [فصلت: ١٢] فيكونُ خَلْقُ الجميعِ في ثَمانيةِ أيّامٍ، وقد أخبر اللّه تعالى أنّه خَلَقَ السّمواتِ والأرضَ في سِتّةِ أيّامٍ فيُؤَدّي إلى الخلْفِ في خَبرِ مَنْ يستَحيلُ عليه الخلْفُ، فكان على التّداخُلِ، فكذا ههنا جازَ أنْ يكونَ العدَدُ الأوّلُ داخِلاً في الثّاني والثّاني في الثّالثِ، فكان في الآيةِ إباحةُ نِكاحِ الأربعِ، ولا يجوزُ للعبدِ أنْ يتزَوّجَ أكثرَ من اثْنَيْنِ لما رَوَيْنا من الحديثِ وذكرنا من المعنى فيما تقَدَّمَ.

فصل [في الجمع في الوطء]

وأمّا الجمعُ في الوَطْءِ ودَواعيه بمِلْكِ اليمينِ فجائزٌ [٢/ ٢١١أ]، وإنْ كثُرَتِ الجواري لقولِه تعالى: ﴿فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ﴾ [النساء: ٣] أي: إنْ خِفْتُم أنْ لا تَعدِلوا في نِكاحِ المثْنَى والثُّلاثِ والرّباعِ بإيفاءِ [(٢)] حُقوقِهِنّ، فانكِحوا واحِدةً، وإنْ خِفْتُم

(١) في المخطوط: «بكثير».
(٢) في المخطوط: «في إيفاء».

أنْ لا تَعدِلوا في واحِدةٍ فمِمَّا مَلَكَتْ أيمانُكم كأنّه قال سبحانه وتعالى: هذا أو هذا، أي: الزِّيادةُ على الواحِدةِ إلى الأربعِ عندَ القُدْرةِ على المُعادلةِ، وعندَ خَوْفِ الجوْرِ في ذلك الواحِدةُ من الحرائرِ، وعندَ خَوْفِ الجوْرِ في نِكاحِ الواحِدةِ (هو شِراءُ) [1] الجواري والتّسرِّي بهنّ، وذلك قولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء:٣] ذكره مُطْلَقًا عن شرطِ العدَدِ وقال تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون:٦] (من غيرِ) [2] شرطِ العدَدِ وقال عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء:٢٤] مُطْلَقًا، ولأنّ حُرْمةَ الزِّيادةِ على الأربعِ في الزّوْجاتِ لخَوْفِ الجوْرِ عليهِنّ في القسمِ والجِماعِ، ولم يوجَدْ هذا المعنى في الإماءِ؛ لأنّه لا حَقَّ لهُنّ قِبَلَ المولى [3] في القسمِ والجِماعِ.

فصل [في شرط جواز نكاح الأمة]

ومنها: أنْ لا يكونَ تحته حُرَّةٌ، هو شرطُ جوازِ نِكاحِ الأمةِ فلا يجوزُ نِكاحُ الأمةِ على الحُرَّةِ، والأصلُ فيه ما رُوِيَ عن عَليٍّ رضي الله عنه عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال: «**لا تُنْكَحُ الأمةُ على الحُرّةِ**» [4] وقال عَليٌّ رضي الله عنه: (وتُنْكَحُ الحُرَّةُ على الأمةِ وللحُرَّةِ الثُّلُثانِ من القسمِ وللأمةِ الثُّلُثُ) ولأنّ الحُرِّيّةَ تُنبِئُ عن الشّرَفِ والعِزَّةِ وكمالِ الحالِ، فنِكاحُ الأمةِ على الحُرَّةِ إدخالٌ على الحُرَّةِ مَنْ لا يُساوِيها في القسمِ، وذلك يُشْعِرُ بالاستِهانةِ وإلحاقِ الشّينِ [بها] [5] ونُقْصانِ الحالِ وهذا لا يجوزُ.

وسَواءٌ كان المُتَزَوِّجُ حُرًّا أو عبدًا عندَنا [6]؛ لأنّ ما رَوَيْنا من الحديثِ وذكرنا من

---

(١) في المخطوط: «فَشرى». (٢) في المخطوط: «عن».

(٣) في المخطوط: «الموالي».

(٤) رواه سعيد بن منصور في سننه (١/ ٣٢٩)، حديث (٧٤١) عن من سمع الحسن يقول: نهى رسول الله ﷺ أن تنكح الأمة على الحرة. ووصله أحمد في العلل (٣/ ٩١)، ورواه الدارقطني في سننه (٤/ ٣٩)، حديث (١١٢) عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «طلاق العبد تطليقتان ولا تحل له حتى تنكح زوجًا. وقرء الأمة حيضتان، وتتزوج الحرة على الأمة، ولا تتزوج الأمة على الحرة»، ومن طريقه البيهقي في الكبرى (٧/ ٣٦٩)، حديث (١٤٩٤٦)، وضعفه الألباني في ضعيف الجامع (٣٦٥١)، وانظر: التلخيص الحبير (٣/ ٢٠٢)، والدراية (٢/ ٥٧)، وخلاصة البدر المنير (٢/ ١٩٥، ٢/ ٢١٤)، ونصب الراية (٣/ ١٧٤، ١٧٥). (٥) زيادة من المخطوط.

(٦) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوى (ص١٧٨)، المبسوط (٥/ ١٦٥)، فتح القدير (٣/ ٢٣٦،

المعنى لا يوجِبُ الفصلَ.

وعندَ الشّافعيِّ: يجوزُ للعبدِ أنْ يتزوّجَ أمةً على حُرَّةٍ[١] بناءً على أنّ عَدَمَ الجوازِ للحُرِّ عندَه؛ لعَدَمِ شرطِ الجوازِ وهو عَدَمُ طَوْلِ الحُرَّةِ، وهذا شرطُ جوازِ نِكاحِ الأمةِ عندَه في حَقِّ الحُرِّ لا في حَقِّ العبدِ لما نذكرُ - إنْ شاء اللَّه تعالى -.

وكذا خُلوُّ الحُرَّةِ عن العِدَّةِ شرطُ جوازِ نِكاحِ الأمةِ عندَ أبي حنيفةَ. وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ: يجوزُ أنْ يتزوّجَ أمةً على حُرَّةٍ تَعتَدُّ من طَلاقٍ بائنٍ أو ثلاثٍ.

(وجه قولِهما): أنّ المُحَرَّمَ ليس هو الجمعُ بين الحُرَّةِ والأمةِ بدليلِ أنّه لو تَزَوّجَ أمةً ثمّ تَزَوّجَ حُرَّةً جاز، وقد حَصَلَ الجمعُ، وإنّما المُحَرَّمُ هو نِكاحُ الأمةِ على الحُرَّةِ. وقال ﷺ: **«لا تُنْكَحُ الأمةُ على الحُرَّةِ»** [٢] ولا يتحَقَّقُ النّكاحُ عليها بعدَ البيْنونةِ، ألا ترى أنّه لو حلَفَ لا يتزَوّجُ على امرأتِه فتزَوّجَ بعدَما أبانَها في عِدَّتِها لا يحنَثُ.

(ولأبي حنيفةَ): أنّ نِكاحَ الأمةِ في عِدَّةِ الحُرَّةِ نِكاحٌ عليها من وجهٍ؛ لأنّ بعضَ آثارِ النّكاحِ قائمٌ فكان النّكاحُ قائمًا من وجهٍ، فكان نِكاحُها عليها من وجهٍ، والثّابتُ من وجهٍ مُلْحَقٌ بالثّابتِ من كُلِّ وجهٍ في بابِ الحُرُماتِ احتياطًا، فيُحَرَّمُ كنِكاحِ الأُختِ في عِدَّةِ الأُختِ ونحوِ ذلك مِمَّا [٣] بيّنّا فيما تقدَّمَ.

وأمّا عَدَمُ طَوْلِ الحُرَّةِ - وهو القُدْرةُ على مَهْرِ الحُرَّةِ - وخَشْيةُ العنَتِ فليس من شرطِ [٤] جوازِ نِكاحِ الأمةِ عندَ أصحابِنا[٥]، والحاصِلُ أنّ من شَرائطِ جوازِ نِكاحِ الأمةِ عندَ أبي حنيفةَ أنْ لا يكونَ في نِكاحِ المُتزَوِّجِ حُرَّةٌ ولا في عِدَّةِ حُرَّةٍ.

وعندَهما خُلوُّ الحُرَّةِ عن (عِدَّةِ البيْنونةِ) [٦] ليس بشرطٍ؛ لجوازِ نِكاحِ الأمةِ.

---

٢٣٧)، البناية (٤/ ٥٥١، ٥٥٢)، حاشية رد المحتار (٣/ ١٦٥).

(١) **مذهب الشافعية**: أن العبد لا تعتبر فيه الشرائط التى تعتبر في الحر لنكاح الأمة، فيجوز للعبد أن ينكح الإماء مطلقًا من غير شرط، فله أن ينكح الأمة وإن كانت تحته حرة، انظر: الحاوى الكبير (١١/ ٣٢٩)، الوسيط في المذهب (٥/ ١٢١).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) في المخطوط: «على ما».

(٤) في المخطوط: «شرائط».

(٥) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٣٠٤)، القدوري ص(٧١)، المبسوط (٥/ ١٠٨).

(٦) في المخطوط: «العدة».

وعندَ الشّافعيِّ من شَرائطِ جوازِ نِكاحِ الأمةِ: [أنْ لا يكونَ في نِكاحِه حُرَّةٌ و] [(١)] أنْ لا يكونَ قادِرًا على مَهْرِ الحُرَّة وأنْ يخشَى العنَتَ[(٢)] حتّى [إنه] [(٣)] إذا كان [(٤)] في مِلْكِه أمةٌ يَطَؤُها بمِلْكِ اليمينِ جاز له أنْ يتزَوّجَ أمةً عندَنا، وعندَه لا يجوزُ لعَدَمِ خَشْيةِ العنَتِ، وكذلك الحُرُّ يجوزُ له أنْ [يتزَوّجَ أكثرَ من أمةٍ واحِدةٍ عندَنا، وعندَه إذا تَزَوّجَ أمةً واحِدةً لا يجوزُ له أنْ] [(٥)] يتزَوّجَ أمةً أُخرى؛ لزَوالِ خَشْيةِ العنَتِ بالواحِدةِ، ولا خلافَ في أنّ طَوْلَ الحُرَّةِ لا يمنَعُ العبدَ من نِكاحِ الأمةِ.

احتَجَّ الشّافعيُّ بقولِه تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾ [النساء: ٢٥] «ومَنْ»: كلِمةُ شرطٍ، فقد جعل اللّه عَزَّ وجَلَّ العجْزَ عن طَوْلِ الحُرَّةِ شرطًا لجوازِ نِكاحِ الأمةِ، فيتعلَّقُ الجوازُ به كما في قوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤] ونحوِ ذلك. وقال تعالى: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٢٥] وهو الزِّنا، شَرَطَ سبحانه وتعالى خَشْيةَ العنَتِ؛ لجوازِ نِكاحِ الأمةِ، فيتقَيّدُ الجوازُ بهذا الشّرطِ أيضًا، ولأنّ جوازَ نِكاحِ الإماءِ في الأصلِ ثبت بطَريقِ الضّرورةِ لما يتضَمَّنُ نِكاحَهُنّ من إرقاقِ الحُرِّ؛ لأنّ [٢/ ٢١ب] ماءَ الحُرِّ حُرٌّ تبَعًا له، وكان [(٦)] في نِكاحِ الحُرِّ الأمةَ إرقاقُ حُرٍّ جزءًا وإلى هذا أشارَ عمرُ رضي الله عنه فيما رُوِيَ عنه أنّه قال: (أيُّما حُرٌّ تَزَوّجَ أمةً فقد أرَقَّ نصفَه، وأيُّما عبدٍ تَزَوّجَ حُرَّةً فقد أعتقَ نصفَه)[(٧)] ولا يجوزُ إرقاقُ الجزءِ من غيرِ ضرورةٍ، ولِهذا إذا (كان تحته) [(٨)] حُرَّةٌ لا يجوزُ نِكاحُ الأمةِ، وهذا لأنّ الإرقاقَ إهلاكٌ؛ لأنّه يخرجُ به من أنْ يكونَ مُنْتفِعًا به في حَقِّ نفسِه ويَصيرُ مُلْحَقًا بالبهائمِ، وهَلاكُ [(٩)] الجزءِ من غيرِ ضرورةٍ لا يجوزُ كقَطْعِ اليدِ ونحوِ ذلك

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) مذهب الشافعية: أنه إذا وجد طولا إلى الحرة لا يتزوج الأمة فإن لم يجد طولاً لم يتزوجها أيضا حتى يخشى العنت على نفسه. انظر: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٣٠٤)، الأم (٥/ ٩)، مختصر المزني ص(١٧٠).

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) في المخطوط: «كانت».

(٥) ليست في المخطوط.

(٦) في المخطوط: «فكان».

(٧) أخرجه الدارمي في سننه، حديث (٣١٣٥)، وسعيد بن منصور في سننه ص (٢٢٩)، حديث (٧٣٩)، وعبد الرزاق في مصنفه (٧/ ٢٦٨)، حديث (١٣١٠٣) عن عمر موقوفًا.

(٨) في المخطوط: «كانت».

(٩) في المخطوط: «وإهلاك».

ولا ضرورةَ حالةَ القُدْرةِ على طَوْلِ الحُرَّةِ، فبَقِيَ الحكمُ فيها على [هذا] (١) الأصلِ. ولِهذا لم يَجز إذا كانتْ (٢) حُرَّةً لارتِفاعِ الضّرورةِ بالحُرَّةِ بخلافِ ما إذا كان المُتَزَوِّجُ عبدًا؛ لأنّ نِكاحَه ليس إرقاقَ الحُرِّ؛ لأنّ ماءَه رَقيقٌ تَبَعًا له، وإرقاقُ الرّقيقِ لا يُتَصَوّرُ.

(ولَنا): عُموماتُ النِّكاحِ نحوُ (٣) قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ﴾ [النور:٣٢] وقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ﴾ [النساء:٢٥] وقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ﴾ [النساء:٢٤] من غيرِ فصلٍ بين حالِ القُدْرةِ على مَهْرِ الحُرَّةِ وعَدَمِها، ولأنّ النِّكاحَ عَقْدُ مَصْلَحةٍ في الأصلِ؛ لاشتِمالِه على المصالِحِ الدِّينيّةِ والدُّنْيَوِيّةِ، فكان الأصلُ فيه هو الجوازَ إذا صَدَرَ من الأهلِ في المحَلِّ (وقد وجَدوا الآيَةَ) (٤)، [ففيها إباحةُ نِكاحِ الأمةِ عندَ عَدَمِ طَوْلِ الحُرَّةِ، وهذا لا يَنْفي الإباحةَ عندَ وُجودِ الطّوْلِ، فالتّعليقُ بالشّرطِ عندَنا يقتضي الوُجودَ عندَ وُجودِ الشّرطِ إمّا لا يقتضي العدَمَ عندَ عَدَمِه قال اللّه تعالى: ﴿فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً﴾ [النساء:٣].

ثمّ إذا تَزَوّجَ واحِدةً جاز، وإنْ كان لا يَخافُ الجوْرَ في نِكاحِ المثْنَى والثُّلاثِ والرّباعِ. وقال تعالى في الإماءِ: ﴿فَإِذَآ أُحۡصِنَّ فَإِنۡ أَتَيۡنَ بِفَـٰحِشَةٍ فَعَلَيۡهِنَّ نِصۡفُ مَا عَلَى ٱلۡمُحۡصَنَـٰتِ مِنَ ٱلۡعَذَابِۚ﴾ [النساء:٢٥] وهذا (لا يَدُلُّ) (٥) على نَفْيِ الحدِّ عنهُنّ عندَ عَدَمِ الإحصانِ، وهو التّزَوُّجُ، وهو الجوابُ عن قولِه (٦) عَزَّ وجَلَّ: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنۡ خَشِيَ ٱلۡعَنَتَ مِنكُمۡۚ﴾ [النساء:٢٥] على أنّ العنَتَ يُذْكَرُ ويُرادُ به الضِّيقُ كقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَلَوۡ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعۡنَتَكُمۡۚ﴾ [البقرة:٢٢٠] أي: لَضَيّقَ عليكم، أي: مَنْ يُضَيّقُ عليه النّفَقةُ والإسكانُ لتركِ (٧) الحُرَّةِ بالطّلاقِ وتَزَوّجِ (٨) الأمةِ] (٩) فالطّوْلُ المذكورُ يُحْتَمَلُ أنْ يُرادَ (١٠) به القُدْرةُ على المهْرِ [كما قال] (١١) ويُحْتَمَلُ أنْ يُرادَ به القُدْرةُ على الوَطْءِ؛ لأنّ النِّكاحَ يُذْكَرُ ويُرادُ به الوَطْءُ بل حقيقةُ الوَطْءِ على ما عُرِفَ فكان معناه فمَنْ لم يقدِرْ منكم على وطْءِ المُحْصَناتِ - وهن الحرائرُ - والقُدْرةُ على وطْءِ الحُرَّةِ إنّما يكونُ في النِّكاحِ، ونحنُ نقول [به]: إنّ مَنْ لم

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زاد في المخطوط: «تحته».
(٣) في المخطوط: «وهو».
(٤) في المخطوط: «وقد وجد وأما الآية».
(٥) في المخطوط: «يُبْقي».
(٦) في المخطوط: «تعلقه بقوله».
(٧) في المخطوط: «فليترك».
(٨) في المخطوط: «وليتزوج».
(٩) تأخر ما بين المعكوفين في المخطوط عن هذا الموضع.
(١٠) في المخطوط: «المراد».
(١١) زيادة من المخطوط.

يقدِرْ على وطْءِ الحُرَّةِ بأنْ لم يكنْ في نِكاحِه حُرَّةٌ يجوزُ له نِكاحُ الأمةِ. ومَنْ قَدَرَ على ذلك بأنْ كان في نِكاحِه حُرَّةٌ لا يجوزُ له نِكاحُ الأمةِ، ونُقِلَ هذا التّأويلُ عن عَليٍّ رضي الله عنه فلا يكونُ حُجَّةً مع الاحتِمالِ على أنّ فيها [إباحةَ] نِكاحِ الأمةِ عندَ عَدَمِ طَوْلِ الحُرَّةِ (١)، [وهذا تقديمٌ وتَأخيرٌ في الجوابِ عن التّعليقِ بالآيةِ] (٢).

وأمَّا قولُه: نِكاحُ الأمةِ يتضَمَّنُ إرقاقَ الحُرِّ؛ لأنّ ماءَ الحُرِّ حُرٌّ فنقول: إنْ عَنَى به إثباتَ حقيقةِ الرِّقِّ فهذا لا يُتَصَوّرُ؛ لأنّ الماءَ جَمادٌ لا يوصَفُ بالرِّقِّ والحُرِّيّةِ، وإنْ عَنَى به النّسب (٣) إلى حُدوثِ رِقِّ الوَلَدِ، فهذا مُسَلَّمٌ لكنّ أثرَ هذا في الكراهةِ لا في الحُرِّيّةِ (٤)، فإنّ نِكاحَ الأمةِ في حالِ طَوْلِ الحُرَّةِ في حَقِّ العبدِ جائزٌ بالإجماعِ، وإنْ كان نِكاحُها مُباشَرةَ سببِ حُدوثِ الرِّقِّ (عندَنا، فكُرِهَ) (٥) نِكاحُ الأمةِ مع طَوْلِ الحُرَّةِ.

ولو تَزَوّجَ أمةً وحُرَّةً في عُقْدةٍ واحِدةٍ جاز نِكاحُ الحُرَّةِ وبَطَلَ نِكاحُ الأمةِ؛ لأنّ كُلَّ واحِدةٍ منهما على صاحِبَتِها مَدْخولةٌ عليها، فيُعتَبَرُ حالةُ الاجتِماعِ بحالِ الانفِرادِ فيجوزُ نِكاحُ الحُرَّةِ؛ لأنّ نِكاحَها على الأمةِ حالةَ الانفِرادِ جائزٌ، فكذا حالةُ الاجتِماعِ ويَبْطُلُ نِكاحُ الأمةِ؛ لأنّ نِكاحَها على الحُرَّةِ وإدخالَها عليها لا يجوزُ حالةَ الانفِرادِ، فكذا عندَ الاجتِماعِ بخلافِ ما إذا تَزَوّجَ أُختَيْنِ في عُقْدةٍ واحِدةٍ لأنّ المُحَرَّمَ هناك هو الجمعُ بين الأُختَيْنِ، والجمعُ حَصَلَ بهما فبَطَلَ نِكاحُهما، وهاهنا المُحَرَّمُ هو إدخالُ الأمةِ على الحُرَّةِ لا الجمعُ.

ألا ترى أنّه لو كان نِكاحُ الأمةِ مُتقَدِّمًا على نِكاحِ الحُرَّةِ جاز نِكاحُ الحُرَّةِ، وإنْ وُجِدَ الجمعُ فكذلك إذا اقتَرَنَ الأمرانِ، واللّه عَزَّ وجَلَّ أعلم. وكذلك إذا جمع بين أجنَبيّةٍ وذاتِ مَحارِمِه جاز نِكاحُ الأجنَبيّةِ، وبَطَلَ نِكاحُ المحرَمِ (٦)، ويُعتَبَرُ حالةُ الاجتِماعِ بحالةِ الانفِرادِ، وهل يَنْقَسِمُ المهْرُ عليهِما؟ في قولِ أبي حنيفةَ لا يَنْقَسِمُ ويكونُ كُلُّه للأجنَبيّةِ وعندَهما يَنْقَسِمُ [المُسَمَّى] على قدرِ مَهْرِ مثلِها.

---

(١) هنا موضع التقديم والتأخير في المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «التسبب».
(٤) في المخطوط: «الحرمة».
(٥) في المخطوط: «وعندنا يكره».
(٦) في المخطوط: «المحرمة».

فصل [في شرط ألا تكون منكوحة الغير]

ومنها [٢/ ٢٢أ]: أنْ لا تكونَ مَنْكوحةَ الغيرِ، لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء:٢٤] معطوفًا على قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء:٢٣] إلى قولِه: [﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾] [(١)] [النساء:٢٤] وهُنّ ذَواتُ الأزواج، وسَواءٌ (كان زَوْجُها مسلمًا أو كافرًا) [(٢)] إلاَّ المسبيّةَ التي هي ذاتُ زَوْجٍ سُبيَتْ وحْدَها؛ لأنّ قولَه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء:٢٤] عامٌّ في جميعِ ذَواتِ الأزواج ثُمّ استَثْنَى تعالى منها المملوكاتِ بقولِه تعالى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء:٢٤] والمُرادُ منها المَسْبِيّاتُ اللاَّتي سُبينَ، وهُنّ ذَواتُ الأزواج ليكونَ المُستثْنَى من جِنْسِ المُستَثْنَى منه فيقتضي حُرْمَةَ نِكاحِ كُلِّ ذاتِ زَوْجٍ إلاَّ التي سُبيَتْ كذا رُوِيَ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه قال في هذه الآيةِ: كُلُّ ذاتِ زَوْجٍ إتيانُها زِنًا إلاَّ ما سُبيَتْ، والمُرادُ منه التي سُبيَتْ وحْدَها وأُخرِجَتْ إلى دارِ الإسلامِ؛ لأنّ الفُرْقةَ ثبتتْ بتَبايُنِ الدّارَيْنِ عندَنا لا بنفسِ السّبْيِ على ما نذكرُ إنْ شاء اللّه تعالى، وصارتْ [(٣)] هي في حكمِ الذِّمِّيّةِ؛ ولأنّ اجتِماعَ رجلينِ على امرأةٍ واحِدةٍ يُفْسِدُ الفِراشَ؛ لأنّه يوجِبُ اشتِباهَ النّسَبِ وتَضْييعَ الوَلَدِ وفَواتَ السّكَنِ والأُلْفةِ والمودَّةِ فيَفوتُ ما وُضِعَ النّكاحُ له.

فصل [في شرط الزوجة]

ومنها: أنْ لا تكونَ مُعتَدَّةَ الغيرِ أيضًا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾ [البقرة:٢٣٥] أي: ما كُتِبَ عليها من التّربُّصِ، ولأنّ بعضَ أحكامِ النّكاحِ حالةَ العدَمِ قائمٌ فكان النّكاحُ قائمًا من وجهٍ. والثّابتُ من وجهٍ كالثّابتِ من كُلِّ وجهٍ في بابِ الحُرُماتِ؛ ولأنّه لا يجوزُ التّصْريحُ بالخِطْبةِ في حالِ قيامِ العِدَّةِ، ومعلومٌ أنّ خِطْبَتَها بالنّكاحِ دونَ حقيقةِ النّكاحِ فما لم تجزِ الخطْبةُ فلأَنْ لا يجوزَ العقدُ أولى، وسَواءٌ كانتِ العِدَّةُ عن طَلاقٍ أو [عن] [(٤)] وفاةٍ أو دخولٍ في نِكاحٍ فاسِدٍ أو شُبْهةِ نِكاحٍ لما ذكرنا من الدّلائلِ.

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «كانت مسلمة أو مشركة».

(٣) في المخطوط: «فصارت».

(٤) ليست في المخطوط.

ويجوزُ لصاحِبِ العِدَّةِ أنْ يتزوّجها إذا لم يكنْ هناك مانِعٌ آخَرُ غيرُ العِدَّةِ؛ لأنّ العِدَّةَ حَقُّه قال اللّه سبحانه وتعالى: ﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب:٤٩] أضافَ العِدَّةَ إلى الأزواج فدَلَّ أنّها حَقُّ الزّوْجِ، وحَقُّ الإنسانِ لا يجوزُ أنْ يمنَعَه من التّصَرُّفِ، وإنّما يظهرُ أثرُه في حَقِّ الغيرِ، ويجوزُ نِكاحُ المسبيّةِ بغيرِ السّابي إذا سُبِيَتْ وحْدَها دونَ زَوْجِها وأُخرِجَتْ إلى دارِ الإسلام بالإجماع؛ لأنّه وقَعَتِ الفُرْقةُ بينهما ولا عِدَّةَ عليها لقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء:٢٤] والمُرادُ منه المسبيّاتُ اللّاتي هُنَّ ذَواتُ الأزواج فقد أَحَلَّ اللّه تعالى المسبيّةَ للمولى السّابي إذِ الاستِثْناءُ من التّحريم إباحةٌ من حيث الظّاهرُ، وقد أحَلّها عَزَّ وجَلَّ مُطْلَقًا من غيرِ شرطِ انقِضاءِ العِدَّةِ فدَلَّ أنّه لا عِدَّةَ عليها، وكذلك المُهاجِرةُ وهي المرأةُ خرجتْ [(١)] إلينا من دارِ الحرْبِ مسلمةً مُراغِمةً لزَوْجِها يجوزُ نِكاحُها، ولا عِدَّةَ عليها في قولِ أبي حنيفةَ وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ: عليها العِدَّةُ ولا يجوزُ نِكاحُها.

وجه قولِهما: إنّ الفُرْقةَ وقَعَتْ بتَبايُنِ الدّارِ فتقَعُ بعدَ دخولِها دارَ الإسلامِ وهي بعدَ الدُّخولِ مسلمةٌ وفي دارِ الإسلامِ، فتجبُ عليها العِدَّةُ كسائرِ المسلماتِ.

ولأبي حنيفةَ قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ﴾ [الممتحنة:١٠] إلى قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الممتحنة:١٠] أباحَ تعالى نِكاحَ المُهاجِرةِ مُطْلَقًا من غيرِ ذِكْرِ العِدَّةِ، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة:١٠] نَهَى [اللّه تعالى] [(٢)] المسلمينَ عن الإمساكِ والامتِناعِ عن نِكاحِ المُهاجِرةِ لأجلِ عِصْمةِ الزّوْجِ الكافرِ وحُرْمَتِه، فالامتِناعُ عن نِكاحِها للعِدَّةِ، [والعِدَّةُ في] حَقِّ الزّوْجِ يكونُ إمساكًا وتَمَسُّكًا بعِصْمةِ زَوْجِها [(٣)] الكافرِ، وهذا مَنْهيٌّ عنه، ولأنّ العِدَّةَ حَقٌّ من حُقوقِ الزّوْجِ.

ولا يجوزُ أنْ يبقى للحَرْبيِّ على المسلمةِ الخارِجةِ إلى دارِ الإسلام حَقٌّ، والدّليلُ عليه أنْ لا عِدَّةَ على المسبيّةِ، وإنْ كانتْ كافرةً على الحقيقةِ [لكونها] [(٤)] في حكمِ الذِّمّيّةِ تجري عليها أحكامُ الإسلامِ، ومع ذلك يَنْقَطِعُ عنها حَقُّ الزّوْجِ الكافرِ، فالمُهاجِرةُ

(١) في المخطوط: «التي جاءت».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «الزوج».
(٤) في المطبوع: «لكنها ليست».

المسلمةُ حقيقةٌ لأنْ يَنْقَطِعَ عنها حَقُّ الزَّوْجِ الكافرِ أولى، هذا إذا هاجَرَتْ إلينا - وهي حائلٌ - فأمَّا إذا كانتْ حامِلاً ففيه اختِلافُ الرِّوايةِ عن أبي حنيفةَ وسَنذكرُها إنْ شاء اللَّه تعالى.

فصل [في شرط ألا يكون بها حمل من آخر]

ومنها: أنْ لا يكونَ بها حَمْلٌ ثابِتُ النَّسَبِ من الغيرِ، فإنْ كان، لا يجوزُ نِكاحُها، وإنْ لم تكُنْ مُعتَدَّةً كمَنْ تزَوّجَ أُمَّ ولَدِ إنسانٍ - وهي حامِلٌ من مولاها - لا يجوزُ، وإنْ لم تكُنْ مُعتَدَّةً لوُجودِ حَمْلٍ [٢/ ٢٢ب] ثابِتِ النَّسَبِ [من الموالي][1]، وهذا؛ لأنّ الحمْلَ إذا كان ثابِتَ النَّسَبِ من الغيرِ - وماؤُه مُحرَّمٌ - لَزِمَ حِفْظُ حُرْمَةِ مائه بالمنْعِ من النِّكاحِ، وعلى هذا يخرجُ ما إذا تزَوّجَ امرأةً حامِلاً من الزِّنا أنّه يجوزُ في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، ولكنْ لا يَطَؤُها حتّى تَضَعَ وقال أبو يوسفَ: (لا يجوزُ) وهو قولُ زُفر.

(وجه قولِ أبي يوسفَ): أنّ هذا الحمْلَ يمنَعُ الوَطْءَ فيمنَعُ العقدَ أيضًا كالحمْلِ الثّابِتِ النَّسَبِ، وهذا؛ لأنّ المقصُودَ من النِّكاحِ هو حِلُّ الوَطْءِ فإذا لم يَحِلَّ له وطْؤُها لم يكنِ النِّكاحُ مُفيدًا فلا يجوزُ، ولِهذا لم يَجز إذا كان الحمْلُ ثابِتَ النَّسَبِ كذا هذا.

(ولهما): أنّ المنْعَ من نِكاحِ الحامِلِ حَمْلاً ثابِتَ النَّسَبِ؛ لحُرْمةِ ماءِ الوَطْءِ ولا حُرْمَةَ لماءِ الزِّنا بدليلِ أنّه لا يَثْبُتُ به النَّسَبُ.

قال النّبيُّ ﷺ: **«الوَلَدُ للفِراشِ وللعاهرِ الحَجَرُ»**[2] فإذا لم يكنْ له حُرْمةٌ لا يُمْنَعُ جوازُ النِّكاحِ إلاَّ أنّها لا توطَأُ حتّى تَضَعَ لما رُوِيَ عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال: **«مَنْ كان يُؤمِنُ باللَّه واليومِ الآخِرِ فلا يسقيَنّ ماءَه زَرْعَ غيرِه»**[3].

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) رواه البخاري، كتاب الفرائض، باب: الولد للفراش حرة كانت أو أمة، حديث (٦٧٤٩)، ومسلم، كتاب الرضاع، باب: الولد للفراش وتوقي الشبهات، حديث (١٤٥٧)، وأبو داود، حديث (٢٢٧٣)، والنسائي، حديث (٣٤٨٤)، وابن ماجه، حديث (٢٠٠٤)، وابن حبان في صحيحه (٩/ ٤١٤)، حديث (٤١٠٥)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٤١٢)، حديث (١٥١٤٦)، كلهم عن عائشة رضي الله عنها.

(٣) حسن: رواه أبو داود، كتاب: النكاح، باب: في وطء السبايا، حديث (٢١٥٨)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٧/ ٣٩٤)، حديث (٣٦٨٨٤)، والطبراني في الكبير (٥/ ٢٦)، حديث (٤٤٨٢)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٤٤٩)، حديث (١٥٣٦٦)، عن رويفع بن ثابت الأنصاري، رضي الله عنه. وانظر:

ورُوِيَ عنه ﷺ أنّه قال: «لا يَحِلُّ لرجلينِ يُؤمِنا باللّه واليومِ الآخِرِ أنْ يَجتَمِعا على امرأةٍ [واحدة] [1] في طُهرٍ واحِدٍ»[2] وحُرْمةُ الوَطْءِ (بعارِضٍ طارِئٍ) [3] على المحَلِّ لا يُنافي النّكاحَ لا بَقاءً ولا ابتِداءً كالحيضِ والنّفاسِ.

وأمّا المُهاجِرةُ إذا كانتْ حامِلاً فعن أبي حنيفةَ روايتانِ رَوَى محمّدٌ عنه أنّه لا يجوزُ نِكاحُها، وهو إحدى روايتيْ أبي يوسفَ عنه، وعن أبي يوسفَ روايةٌ أُخرى (عن أبي حنيفةَ) [4] أنّه يجوزُ نِكاحُها، ولكنّها لا توطَأُ حتّى تَضَعَ.

(وجه هذه الرِّوايةِ): أنّ ماءَ الحرْبيِّ لا حُرْمةَ له، فكان بمنزِلةِ ماءِ الزّاني وذا لا يُمْنَعُ جوازُ النّكاحِ كذا هذا، إلاّ أنّها لا توطَأُ حتّى تَضَعَ لما رَوَيْنا.

(وجه الرِّوايةِ الأُخرى): أنّ هذا حَمْلٌ ثابِتُ النّسَبِ؛ لأنّ أنْسابَ أهلِ الحرْبِ ثابِتةٌ فيُمْنَعُ جوازُ النّكاحِ كسائرِ الأحمالِ الثّابِتةِ النّسَبِ، والطّحاوِيُّ اعتَمَدَ روايةَ أبي يوسفَ، والكَرْخيُّ روايةَ محمّدٍ وهي المُعتَمَدُ عليها؛ لأنّ حُرْمةَ نِكاحِ الحامِلِ ليستْ لمكانِ العِدّةِ لا مَحالةَ، فإنّها قد تَثْبُتُ عندَ عَدَمِ العِدّةِ كأُمِّ الوَلَدِ إذا كانتْ حامِلاً من مولاها بل لثُبوتِ نَسَبِ الحمْلِ كما في أُمِّ الوَلَدِ، والحمْلُ ههنا ثابِتُ النّسَبِ فيُمْنَعُ النّكاحُ.

وعلى هذا نِكاحُ المسبيّةِ [دون] [5] الزّوْجِ إذا كانتْ حامِلاً وأُخرِجَتْ إلى دارِ الإسلامِ يجبُ أنْ يكونَ على اختِلافِ الرِّوايةِ، ولا خلافَ في أنّه لا يَحِلُّ وطْؤُها قبلَ الوَضْعِ ولا قبلَ الاستِبْراءِ بحَيْضةٍ إذا كانتْ حامِلاً، والأصلُ فيه ما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال في سَبايا أوطاسٍ: «ألا لا توطَأُ الحبالى حتّى يَضَعنَ [حملهن] [6] ولا الحيالى حتّى يستَبرِئنَ بحَيضةٍ»[7].

التلخيص الحبير (٣/ ٢٣٢)، وخلاصة البدر المنير (٢/ ٢٣٩)، ونصب الراية (٤/ ٢٥٢)، وصحيح الجامع (٦٥٠٧).

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ.
(٣) في المخطوط: «العارض طرأ».
(٤) في المخطوط: «عنه».
(٥) في المخطوط: [ذات].
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) لم أجده هكذا: ورواه أبو داود، كتاب النكاح، باب: في وطء السبايا، حديث (٢١٥٨)، عن رويفع ابن ثابت الأنصاري والحاكم في مستدركه (٢/ ٢١٢)، حديث (٢٧٩٠) وقال: صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٣٢٩)، حديث (١٠٥٧٢)، من حديث أبي سعيد مرفوعًا أنه قال في سبايا أوطَاس: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة» وهو حديث صحيح،

فصل [في شرط أن يكون للزوجين ملة يقران عليها]

ومنها: أنْ يكونَ للزَّوْجَيْنِ مِلَّةٌ يَقرَّانِ عليها، فإنْ لم يكنْ، بأنْ كان أحدُهما مُرْتَدًّا، لا يجوزُ نِكاحُه أصلًا لا بمسلمٍ ولا بكافرٍ غيرِ مُرْتَدٍّ، [والمُرْتَدُّ] (١) مثلُه؛ لأنّه ترك مِلَّةَ الإسلامِ ولا يَقرُّ على الرِّدَّةِ بل يُجْبَرُ على الإسلامِ، إمَّا بالقتْلِ إنْ كان رجلًا بالإجماعِ، وإمَّا بالحبْسِ والضّرْبِ إنْ كانتِ امرأةً - عندَنا - إلى أنْ تموتَ أو تُسلِمَ، فكانتِ الرِّدَّةُ في معنى الموتِ لكونِها سببًا مُفْضيًا إليه، والميِّتُ لا يكونُ مَحلًّا للنِّكاحِ؛ ولأنّ مِلْكَ النِّكاحِ مِلْكٌ معصُومٌ ولا عِصْمةَ مع المُرْتَدَّةِ (٢)؛ ولأنّ نِكاحَ المُرْتَدِّ لا يَقعُ وسيلةً إلى المقاصِدِ المطْلوبةِ منه؛ لأنّه يُجْبَرُ على الإسلامِ على ما بَيّنّا فلا يُفيدُ فائدَتَه، فلا يجوزُ، والدّليلُ عليه أنّ الرِّدَّةَ لو اعتَرَضَتْ على النِّكاحِ رفعتْه، فإذا قارَنَتْه تَمْنَعُه من الوُجودِ من طَريقِ الأولى كالرّضاعِ؛ لأنّ المنْعَ أسهَلُ من الرّفْعِ.

فصل [في نكاح المشركة]

ومنها: أنْ لا تكونَ المرأةُ مشرِكةً إذا كان الرّجُلُ مسلمًا، فلا يجوزُ للمسلم أنْ يَنْكِحَ المشرِكةَ؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة:٢٢١]، ويجوزُ أنْ يَنْكِحَ الكتابيّةَ؛ لقولِه عزَّ وجلَّ: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة:٥]. والفرقُ أنّ الأصلَ أنْ لا يجوزَ للمسلمِ (أنْ يَنْكِحَ) (٣) الكافرةَ؛ لأنّ ازْدِواجَ الكافرةِ والمُخالَطةِ معها مع قيامِ العداوةِ الدِّينيّةِ لا يحصُلُ السّكَنُ والموَدَّةُ الذي هو قِوامُ مَقاصِدِ النّكاحِ إلاّ أنّه جَوّزَ نِكاحَ الكتابيّةِ؛ لرَجاءِ إسلامِها؛ لأنّها آمَنَتْ بكُتُبِ الأنْبياءِ والرّسُلِ في الجُمْلةِ، وإنّما نُقِضَتِ الجُمْلةُ بالتّفْصيلِ بناءً على أنّها أُخبِرَتْ عن الأمرِ على خلافِ حقيقَتِه، فالظّاهرُ أنّها متى نُبِّهَتْ على حقيقةِ الأمرِ تَنبّهَتْ، وتَأتي بالإيمانِ على التّفْصيلِ على حَسَبِ [٢/ ٢٣أ] ما كانتْ [أتَتْ به] (٤) على الجُمْلةِ، هذا هو الظّاهرُ من حالِ التي بُنِيَ أمرُها على الدّليلِ دونَ الهوَى والطّبْعِ، والزّوْجُ يدعوها إلى الإسلامِ ويُنَبِّهُها على حقيقةِ الأمرِ فكان في نِكاحِ

وانظر الدراية (٢/ ٢٣٠)، التلخيص الحبير (١/ ١٧١)، خلاصة البدر المنير (١/ ٨٣)، نصب الراية (٣/ ٢٣٣)، الإرواء (١٨٧)، صحيح الجامع (٧٤٧٩).

(١) في المخطوط: «ولا المرتد».
(٢) في المخطوط: «الردة».
(٣) في المخطوط: «نكاح».
(٤) ليست في المخطوط.

المسلمِ إيّاها رَجاءُ إسلامِها، فجوّزَ (١) نِكاحَها لهذه العاقِبةِ الحميدةِ بخلافِ المشرِكةِ، فإنّها في اختيارِها الشِّرْكَ ما ثبت أمرُها على الحُجَّةِ بل على التّقْليدِ بوُجودِ الآباء عن (٢) ذلك من غيرِ أنْ يَنْتَهي ذلك إلى الخبرِ مِمَّنْ يجبُ قَبولُ قولِه واتّباعُه - وهو الرّسولُ - فالظّاهرُ أنّها لا تنظُرُ في الحُجَّةِ ولا تَلْتفِتُ إليها عندَ الدّعوةِ، فيبقى ازْدِواج الكافرِ (٣) مع قيامِ العداوةِ الدِّينيّةِ المانِعةِ عن السّكَنِ [والازْدِواج] والمودَّةِ خاليًا عن العاقِبةِ الحميدةِ، فلم يَجز إنْكاحُها (٤). وسَواءٌ كانتِ الكتابيّةُ حُرَّةً أو أمةً عندَنا(٥).

وقال الشافعيُ: (لا يجوزُ نِكاحُ الأمةِ الكتابيّةِ ويَحِلُّ وطْؤُها بمِلْكِ اليمينِ)(٦).

واحتجَّ بقولِه تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَـٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة:٢٢١] والكتابيّةُ مشرِكةٌ على الحقيقةِ؛ لأنّ المشرِكَ مَنْ يُشْرِكُ باللّه (٧) تعالى في الألوهيّةِ، وأهلُ الكتابِ كذلك قال اللّه تعالى: ﴿وَقَالَتِ ٱلْيَهُودُ عُزَيْرٌ ٱبْنُ ٱللَّهِ وَقَالَتِ ٱلنَّصَـٰرَى ٱلْمَسِيحُ ٱبْنُ ٱللَّهِ﴾ [التوبة:٣٠] وقالتِ (٨) النّصارى ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ثَالِثُ ثَلَـٰثَةٍ﴾ [المائدة:٧٣] [سبحانه وتعالى عمّا يقولونَ] (٩)، فعُمومُ النّصِّ يقتضي حُرْمةَ نِكاحِ جميعِ المشرِكاتِ إلاّ أنّه خَصّ منه الحرائرَ من الكتابيّاتِ بقولِه تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة:٥] وهُنّ الحرائرُ فبَقيَتِ الإماءُ منهُنّ على ظاهرِ العُموم، ولأنّ جوازَ نِكاحِ الإماءِ في الأصلِ ثبت بطَريقِ الضّرورةِ لما ذكرنا فيما تقدَّمَ، والضّرورةُ تندَفِعُ بنِكاحِ الأمةِ المُؤْمِنةِ.

(ولَنا): عُموماتُ النِّكاحِ نحوُ قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء:٢٤] وقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء:٢٥] وقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء:٣] وغيرِ ذلك من غيرِ فصلٍ بين الأمةِ المُؤْمِنةِ والأمةِ الكافرةِ الكتابيّةِ إلاّ ما خُصّ بدليلٍ.

وأمّا الآيةُ فهي في غيرِ الكتابيّاتِ من المشرِكاتِ؛ لأنّ أهلَ الكتابِ، وإنْ كانوا مشرِكينَ

---

(١) في المخطوط: «فيجوز».
(٢) في المخطوط: «على».
(٣) في المخطوط: «الكافرة».
(٤) في المخطوط: «نكاحها».
(٥) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٣٠٦)، المختصر للطحاوى ص.١٧٨
(٦) مذهب الشافعية: أنه لا يجوز النكاح من الأمة الكتابية، مختصر المزني ص .١٧٠
(٧) في المخطوط: «الله».
(٨) في المخطوط: «زعمت».
(٩) ليست في المخطوط.

على الحقيقةِ لكنْ هذا الاسمُ في مُتعارَفِ النّاسِ يُطْلَقُ على المشرِكينَ من غيرِ أهلِ الكتابِ قال اللَّه تعالى: ﴿مَّا يَوَدُّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ وَلَا ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [البقرة:١٠٥] .

وقال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْمُشْرِكِينَ فِى نَارِ جَهَنَّمَ﴾ [البينة:٦] فصَلَ بين الفريقَيْنِ في الاسم على أنّ الكتابيّاتِ، وإنْ دَخَلْنَ تحت عُموم اسم المشركاتِ بحكمِ ظاهرِ اللَّفْظِ لكنّهُنّ خُصّصْنَ عن العُمومِ بقولِه تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة:٥] .

وأمّا الكتابيّاتُ إذا كُنّ عَفائفَ يستحقِقْنَ هذا الاسمَ؛ لأنّ الإحصانَ في كلامِ العرَبِ عِبارةٌ عن المنْعِ، ومعنى المنْعِ يحصُلُ بالعِفَّةِ والصّلاحِ كما يحصُلُ بالحُرّيّةِ والإسلامِ والنّكاحِ؛ لأنّ كل ذلك مانِعُ المرأةِ عن ارتِكابِ الفاحِشةِ، فيتناوَلُهُنّ عُمومُ اسمِ المُحْصَناتِ.

وقوله: (الأصلُ في نِكاحِ الإماءِ الفسادُ) مَمْنوعٌ بل الأصلُ في النّكاحِ هو الجوازُ حُرّةً كانتِ المنْكوحةُ أو أمةً مسلمةً أو كتابيّةً لما مرَّ أنّ النّكاحَ عَقْدُ مَصْلَحةٍ، والأصلُ في المصالِحِ إطلاقُ الاستيفاءِ، والمنْعُ عنه لمعنًى في غيرِه على ما عُرِفَ، ولا يجوزُ للمسلمِ نِكاحُ المجوسيّةِ؛ لأنّ المجوسَ ليسوا من أهلِ الكتابِ قال اللَّه تبارَكَ وتعالى: ﴿وَهَٰذَا كِتَٰبٌ أَنزَلْنَٰهُ مُبَارَكٌ﴾ [الأنعام:١٥٥] إلى قولِه: ﴿أَن تَقُولُوٓاْ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا﴾ [الأنعام:١٥٦] . معناه واللهُ أعلَمُ، أي: أَنْزِلَتُ [الكتاب] [١] عليكم لئَلاّ تقولوا إنّما أُنْزِلَ الكتابُ على طائفتَيْنِ من قبلِنا.

ولو كان المجوسُ من أهلِ الكتابِ لَكان أهلُ الكتابِ ثلاثَ طَوائفَ فيُؤَدّي إلى الخلْفِ في خَبَرِه عَزَّ وجَلَّ، وذلك مُحالٌ على أنّ هذا لو كان حِكايةً عن قولِ المشرِكينَ لَكان دليلاً على ما قلنا؛ لأنّه حَكَى عنهم القولَ ولم يَعقُبْه بالإنْكارِ عليهم والتّكذيبِ إيّاهم، والحكيمُ إذا حَكَى عن مُنْكَرٍ غيّرَه.

والأصلُ فيه ما رُوِيَ عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال: [«سُنُّوا بالمجوسِ سُنّةَ أهلِ الكتابِ غيرَ أنّكم ليسوا ناكِحي نِسائهم ولا آكِلي ذَبائحِهم» [٢] .

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) قال الحافظ في الدراية (٢/ ٥٦)، حديث (٥٣٥): لم أجده هكذا، وقال الزيلعي في نصب الراية (٣/

ودَلَّ قولُه] (١): «سُنُّوا بالمجوسِ سُنّةَ أهلِ الكتابِ» على أنّهم ليسوا من أهلِ الكتابِ ولا يَحِلُّ وطْؤُها بمِلْكِ اليمينِ أيضًا.

والأصلُ أنْ لا يَحِلَّ وطْءُ كافرةٍ بنِكاحٍ ولا بمِلْكِ يمينٍ إلاَّ الكتابيّةَ خاصّةً؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة:٢٢١]، واسمُ النِّكاحِ يَقَعُ على العقدِ والوَطْءِ جميعًا فيُحَرَّمانِ جميعًا.

ومَنْ كان أحدُ أبَوَيْه كتابيًّا والآخَرُ مَجوسيًّا كان حكمُه حكمَ أهلِ الكتابِ؛ لأنّه لو كان أحدُ أبَوَيْه مسلمًا، يُعطَى له حكمُ الإسلامِ؛ لأنّ الإسلامَ يَعلو ولا يُعلى، فكذا إذا كان كتابيًّا يُعطَى له حكمُ أهلِ الكتابِ [٢/ ٢٣ب]، ولأنّ الكتابيّ له بعضُ أحكامِ أهلِ الإسلامِ - وهو المُناكَحةُ - وجوازُ الذَّبيحةِ - والإسلامُ يَعلو بنفسِه وبِأحكامِه، ولأنّ رَجاءه (٢) الإسلامَ من الكتابيِّ أكثرُ، فكان أولى بالاستِتْباعِ.

وأمَّا الصّابِئَاتُ فقد قال أبو حنيفةَ: إنّه يجوزُ للمسلمِ (٣) نِكاحُهُنّ، وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ: لا يجوزُ.

وقيلَ: ليس هذا باختِلافٍ في الحقيقةِ، وإنّما الاختِلافُ لاشتِباه مذهبهم، فعندَ أبي حنيفةَ هم (٤) قَوْمٌ يُؤْمِنونَ بكتابٍ فإنّهم يقرءُونَ الزّبورَ ولا يَعبُدونَ الكواكِبَ ولكنْ يُعَظِّمونَها كتَعظيمِ المسلمينَ الكعبةَ في الاستِقْبالِ إليها إلاَّ أنّهم يُخالِفونَ غيرَهم من أهلِ

١٧٠)، الحديث الخامس: غريب بهذا اللفظ. قلت: وقد رواه مالك في الموطأ، كتاب: الزكاة، باب: جزية أهل الكتاب والمجوس، برقم (٦١٧)، والشافعي في مسنده ص (٢٠٩)، وابن أبي شيبة في المصنف (٢/ ٤٣٥)، حديث (١٠٧٦٥)، وعبد الرزاق في المصنف (٦/ ٦٩)، حديث (١٠٠٢٥)، والبزار في مسنده (٣/ ٢٦٥)، حديث (١٠٥٦)، والطبراني في الكبير (١٩/ ٤٣٧)، حديث (١٠٥٩)، من حديث عبد الرحمن بن عوف، والعلاء، أن النبي ﷺ قال: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب»، وقال الهيثمي في المجمع عن حديث العلاء عند الطبراني (٦/ ١٣): فيه من لم أعرفهم. وضعفه الألباني في الإرواء (١٢٤٨)، وانظر الدراية (٢/ ١٣٤)، والتلخيص الحبير (٣/ ١٧٢، ١٧٣)، وخلاصة البدر المنير (٢/ ١٩٥)، حديث (١٩٧١)، ونصب الراية (٣/ ٤٤٨)، أما قوله: «... ناكحى نسائهم، ولا آكلى ذبائحهم» فقد روى الحارث في زوائده (٢/ ٦٩٠)، حديث (٦٧٥) عن علي بن أبي طالب قال: كتب رسول الله ﷺ إلى مجوس هجر يسألهم الإسلام، فمن أسلم قبل منه إسلامه، ومن أبى أخذت من ناكحى نسائهم، ولا آكلي ذبائحهم.

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «رجاء».
(٣) في المخطوط: «للمسلمين».
(٤) في المخطوط: «أنهم».

الكتابِ في بعضِ دياناتِهم وذا لا يمنَعُ المُناكَحةَ كاليهودِ مع النّصارى، وعندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ أنّهم قَوْمٌ يَعبُدونَ الكواكِبَ، وعابِدُ الكواكِبِ كعابِدِ الوَثَنِ فلا يجوزُ للمسلمينَ مُناكَحاتُهم (١).

فصل [في عدم نكاح الكافر المسلمة]

ومنها: إسلامُ الرّجُلِ إذا كانتِ المرأةُ مسلمةً فلا يجوزُ إنْكاحُ المُؤْمِنةِ الكافرَ؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾ [البقرة:٢٢١] ولأنّ في (إنْكاحِ المُؤْمِنةِ الكافرَ) (٢) خَوْفَ وُقوعِ المُؤْمِنةِ في الكُفْرِ؛ لأنّ الزّوْجَ يدعوها إلى دينِه، والنِّساءُ في العاداتِ يَتْبَعنَ الرِّجالَ فيما يُؤْثِرونَ من الأفعالِ ويُقَلِّدونَهم في الدِّينِ، إليه وقَعَتِ الإشارةُ في آخِرِ الآيةِ [بقولِه عَزَّ وجَلَّ] (٣): ﴿أُو۟لَـٰٓئِكَ يَدْعُونَ إِلَى ٱلنَّارِ﴾ [البقرة:٢٢١] لأنّهم يدعونَ المُؤْمِناتِ إلى الكُفْرِ، والدُّعاءُ إلى الكُفْرِ دُعاءٌ إلى النّارِ؛ لأنّ الكُفْرَ يوجِبُ النّارَ، فكان نِكاحُ الكافرِ المسلمةَ سببًا داعيًا إلى الحرامِ فكان حَرامًا، والنّصُّ وإنْ ورد في المشرِكينَ لكنّ العِلَّةَ، وهي الدُّعاءُ إلى النّارِ يَعُمُّ الكفَرةَ، أجمع فيتعَمَّمُ الحكمُ بعُمومِ العِلَّةِ فلا يجوزُ إنْكاحُ المسلمةِ الكتابيّ كما لا يجوزُ إنْكاحُها الوَثَنيّ والمجوسيّ؛ لأنّ الشّرعَ قَطَعَ ولايةَ الكافرينَ عن المُؤْمِنينَ بقولِه تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء:١٤١] فلو جاز إنْكاحُ الكافرِ المُؤْمِنةَ لَثبت له عليها سبيلٌ، وهذا لا يجوزُ.

وَأمّا أنْكِحةُ الكُفَّارِ غيرِ المُرْتَدِّينَ بعضُهم لبعضٍ فجائزٌ في الجُمْلةِ عندَ عامَّةِ العُلَماءِ(٤). وقال مالِكٌ: أنْكِحَتُهم فاسِدةٌ(٥)؛ لأنّ للنّكاحِ في الإسلامِ شَرائطَ لا يُراعونَها فلا يُحْكَمُ بصِحَّةِ أنْكِحَتِهم، وهذا غيرُ سَديدٍ؛ لقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَٱمْرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلْحَطَبِ﴾ [المسد:٤] سَمَّاها اللّه تعالى امرأتَه، ولو كانتْ أنْكِحَتُهم فاسِدةً لم تكُنِ امرأتَه حقيقةً، ولأنّ النّكاحَ سُنّةُ آدَمَ عليه الصلاة والسلام فهم على شَريعَتِه في ذلك.

---

(١) في المخطوط: «نكاحهن».
(٢) في المخطوط: «نكاح الكافر المؤمنة».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوى (ص١٧٨ - ١٧٩).
(٥) مذهب المالكية: أن نكاح أهل الشرك غير صحيح عندنا وإنما يصححه لهم الإسلام أما لو ابتدءوا عقده بعد الإسلام لجاز، انظر: المدونة (٣/ ٢١١)، المعونة (٢/ ٥٨٤).

وقال النّبيُّ ﷺ: «وُلِدْتُ من نكاح ولم أولد من سفاح»[١]. وإنْ كان أبَواه كافرَيْنِ؛ ولأنّ القولَ بفَسادِ أنْكِحَتِهم يُؤدِّي إلى أمرٍ قَبيحٍ، وهو الطّعنُ في نَسَبِ كثيرٍ من الأنْبياءِ عليهم الصلاة والسلام؛ لأنّ كثيرًا منهم وُلِدوا من أبَوَيْنِ كافرَيْنِ، والمذاهِبُ تُمْتَحَنُ (بعُبَّادِها فلَمَّا)[٢] أفضى إلى قَبيحٍ[٣] عُرِفَ فسادُها، وَيجوزُ نِكاحُ أهلِ الذِّمَّةِ بعضِهم لبعضٍ وإنِ اختلفتْ شَرائعُهم؛ لأنّ الكُفْرَ كُلَّه كمِلَّةٍ واحِدةٍ إذْ هو تكذيبُ الرّبِّ - سبحانه وتعالى عَمَّا يقولونَ عُلوًّا كبيرًا - فيما أنزل على رُسُلِه صَلَواتُ اللَّه وسَلامُه عليهم. وقال اللَّه عَزَّ وجَلَّ: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾ [الكافرون:٦] واختِلافُهم في شَرائعِهم، بمنزِلةِ اختِلافِ كُلِّ فريقٍ منهم فيما بينهم في بعضِ شَرائعِهم وذا لا يمنَعُ جوازَ نِكاحِ بعضِهم لبعضٍ كذا هذا.

فصل [في شرط الزوجية]

ومنها: أنْ لا يكونَ أحدُ الزّوْجَيْنِ مِلْكَ صاحِبه ولا يَنْتقِصَ منه مِلْكَه، فلا يجوزُ للرَّجُلِ أنْ يتزَوّجَ بجاريَتِه ولا بجاريةٍ مشتركةٍ بينه وبين غيرِه.

وكذلك لا يجوزُ للمرأةِ أنْ تَتزَوّجَ عبدها ولا العبدَ المشتَرَكَ بينها وبين غيرِها، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [المؤمنون:٥-٦] الآيةَ [ثمّ] أباحَ اللَّه عَزَّ وجَلَّ الوَطْءَ إلا بأحدِ أمرَيْنِ؛ لأنّ الكلِمةَ تَتناوَلُ أحدَ المذكورَيْنِ فلا (تجوزُ الاستِباحةُ بهما جميعًا)[٤]؛ ولأنّ للنّكاحِ حُقوقًا تَثْبُتُ على الشّرِكةِ بين الزّوْجَيْنِ:

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه (٧/ ٣٠٣)، حديث (١٣٢٧٣)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٦/ ٣٠٣)، حديث (٣١٦٤٢)، والطبراني في الأوسط (٥/ ٨٠)، حديث (٤٧٢٨)، والكبير (١٠/ ٣٢٩)، حديث (١٠٨١٢)، وابن سعد في الطبقات (١/ ٦١)، عن علي وابن عباس، وقال الهيثمي في المجمع (٨/ ٢١٤) عن حديث علي: رواه الطبراني في الأوسط وفيه محمد بن جعفر بن محمد بن علي، صحح له الحاكم في المستدرك، وقد تكلم فيه، وبقية رجاله ثقات، وقال عن حديث ابن عباس: رواه الطبراني عن المديني عن أبي الحويرث ولم أعرف المديني ولا شيخه، وبقية رجاله وثقوا وانظر صحيح الجامع (٣٢٢٥)، وضعيفه (١٣٢٠)، والضعيفة (٢٩٥٢)، وانظر الدراية (٢/ ٦٥)، والتلخيص الحبير (٣/ ١٧٦)، خلاصة البدر المنير (٢/ ١٩٨)، نصب الراية (٣/ ٢١٣).

(٢) في المخطوط: «بفسادهما».

(٣) في المخطوط: «قبح».

(٤) في المخطوط: «تثبت الاستباحة بها على الجمع».

منها: مُطالَبةُ المرأةِ الزّوْجَ بالوَطْءِ ومُطالَبةُ الزّوْجِ الزّوْجةَ [١] بالتّمكينِ، وقيامُ مِلْكِ الرّقَبةِ يمنَعُ من الشّركةِ، وإذا لم تَثْبُتِ الشّرِكةُ في ثَمراتِ النّكاحِ لا يُفيدُ النّكاحُ فلا يجوزُ؛ ولأنّ الحُقوقَ الثّابِتةَ بالنّكاحِ لا يجوزُ أنْ تَثْبُتَ على المولى لأمَتِه، ولا على الحُرَّةِ لعبدِها؛ لأنّ مِلْكَ الرّقَبةِ يقتضي أنْ تكونَ الوَلايةُ للمالِكِ، وكونُ المملوكِ يوَلَّى عليه، ومِلْكُ النّكاحِ يقتضي ثُبوتَ الوَلايةِ للمُلوكِ على المالِكِ فيُؤَدّي إلى أنْ يكونَ الشّخصُ الواحِدُ في زَمانٍ واحِدٍ واليًا ومولَيًا عليه في شيءٍ واحِدٍ، وهذا مُحالٌ؛ ولأنّ النّكاحَ لا يجوزُ من غيرِ مَهْرٍ عندَنا، ولا يجبُ للمولى على عبدِه دَيْنٌ ولا للعبدِ [٢/ ٢٤أ] على مولاه.

وكذا لا [يجوزُ أنْ] [٢] يتزَوّجَ مُدَبَّرَته ومُكاتَبَته؛ لأنّ كُلَّ واحِدٍ منهما ما ملكَه، فكذا إذا اعترَضَ مِلْكُ اليمينِ على (نِكاحٍ يَبْطُلُ) [٣] النّكاحُ بأنْ مَلَكَ أحدُ الزّوْجَيْنِ صاحِبَه أو شِقْصًا منه لما نذكرُ - إنْ شاء اللّه تعالى - في موضِعِه.

فصل [في النكاح المؤقت]

ومنها: التّأبيدُ، فلا يجوزُ النّكاحُ المُؤَقَّتُ، وهو نِكاحُ المُتْعةِ وأنّه نوعانِ:

احدُهما: أنْ يكونَ بلَفْظِ التّمَتُّعِ.

والثاني: أنْ يكونَ بلَفْظِ النّكاحِ والتّزْوِيجِ وما يقومُ مَقامهما.

امّا الأوّل: فهو أنْ يقولَ: أُعطيكِ كذا على أنْ أتَمَتَّعَ منكِ يومًا أو شهرًا أو سَنةً ونحوَ ذلك، وأنّه باطِلٌ عندَ عامّةِ العُلَماءِ. وقال بعضُ النّاسِ: هو جائزٌ واحتَجُّوا بظاهِرِ قوله تعالى: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤] والاستدلالُ بها [٤] من ثلاثةِ أوجُهٍ:

احدُها: أنّه ذكر الاستمتاعَ ولم يذكرِ النّكاحَ، والاستمتاعُ والتّمَتُّعُ واحِدٌ.

والثّاني: أنّه [تعالى] أمرَ بإيتاءِ الأجرِ، وحقيقةُ الإجارةِ والمُتْعةِ عَقْدُ الإجارةِ على

---

(١) في المخطوط: «المرأة».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «النكاح باطل».
(٤) في المخطوط: «به».

مَنفَعةِ البُضعِ.

والثالث: أنّه [تعالى] أمرَ بإيتاءِ الأجرِ بعدَ الاستمتاعِ، وذلك يكونُ في عَقْدِ الإجارةِ والمُتْعةِ، فأمَّا المهْرُ فإنّما يجبُ في النّكاحِ بنفسِ العقدِ ويُؤْخَذُ الزّوْجُ بالمهْرِ أوّلاً ثمّ يُمكّنُ من الاستمتاعِ فدَلَّتِ الآيةُ الكريمةُ على جوازِ عَقْدِ المُتْعةِ.

(ولَنا): الكتابُ والسّنّةُ والإجماعُ والمعقولُ:

أمَّا الكتابُ الكريمُ فقولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَـٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَـٰنُهُمۡ﴾ [المؤمنون: ٥-٦] حَرَّمَ تعالى الجِماعَ إلاَّ بأحدِ شيئَيْنِ، والمُتْعةُ ليستْ بنِكاحٍ ولا بمِلْكِ يمينٍ فيبقى التّحريمُ.

والدّليلُ على أنّها ليستْ بنِكاحٍ أنّها ترتفِعُ من غيرِ طَلاقٍ ولا فُرْقةٍ ولا يَجْري التّوارُثُ بينهما، فدَلَّ أنّها ليستْ بنِكاحٍ فلم تكُنْ هي زَوْجةً له، وقوله تعالى في آخِرِ الآيةِ: ﴿فَمَنِ ٱبۡتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡعَادُونَ﴾ [المؤمنون: ٧] سُمِّيَ [مُبْتَغي] [1] ما وراءَ ذلك عاديًا، فدَلَّ على حُرْمةِ الوَطْءِ بدونِ هَذَيْنِ الشّيئَيْنِ وقولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَلَا تُكۡرِهُواْ فَتَيَـٰتِكُمۡ عَلَى ٱلۡبِغَآءِ﴾ [النور: ٣٣]، وكان ذلك منهم إجازةَ الإماءِ نَهَى اللَّه عَزَّ وجَلَّ عن ذلك، وسَمَّاه بغاءً فدَلَّ على الحُرْمةِ.

وأمَّا السّنّةُ فما رُوِيَ عن عَليٍّ رضي الله عنه أنّ رسولَ اللَّه ﷺ نَهَى عن مُتْعةِ النِّساءِ يومَ خَيْبَرَ وعن أكلِ لُحومِ الحُمُرِ الإنسيّةِ[2].

(وعن سَبْرَةَ الجُهَنيِّ رضي الله عنه «أنّ رسولَ اللَّه) [3] ﷺ نَهَى عن (مُتْعةِ النِّساءِ) [4]

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) رواه البخاري، كتاب المغازي، باب: غزوة خيبر، حديث (٤٢١٦)، ومسلم، كتاب النكاح، باب: نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ثم نسخ ثم أبيح ثم نسخ واستقر تحريمه إلى يوم القيامة، حديث (١٤٠٧)، والترمذي، حديث (١١٢١)، والنسائي، حديث (٣٣٦٦)، وابن ماجه، حديث (١٩٦١)، وابن حبان في صحيحه (٩/ ٤٥٠)، حديث (٤١٤٣)، والطبراني في الكبير (٢/ ٣٦٤)، حديث (٢٢٤٤) كلهم عن علي رضي الله عنه.

(٣) في المخطوط: «وروى في رواية أخرى أنه».

(٤) في المخطوط: «ذلك».

يومَ فتحِ مكّةَ»[1]. [وعن عبدِ اللَّه بنِ عمرَ أنّه قال: نَهى رسولُ اللَّه ﷺ يومَ خَيْبَرَ عن مُتْعةِ النِّساءِ وعن لُحومِ الحُمُرِ الأهليّةِ] [2].

ورُوِيَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ كان قائمًا بين الرّكْنِ والمقامِ، وهو يقولُ: «**إنّي كُنتُ أذِنتُ لَكم في المُتعةِ فمَنْ كان عندَه شيءٌ فليُفارِقْه ولا تأخُذوا مِمّا آتيتُموهُنّ شيئًا فإنّ اللَّهَ قد حرَّمَها إلى يومِ القيامةِ**»[3].

وأمّا الإجماعُ فإنّ الأُمَّةَ بأسرِهم امتنَعوا عن العملِ بالمُتْعةِ مع ظُهورِ الحاجةِ لهم إلى ذلك.

وأمّا المعقولُ فهو أنّ النّكاحَ ما شُرِعَ لاقتضاءِ الشهوةِ بل لأغْراضٍ ومَقاصِدَ يُتوسَّلُ به إليها، واقتضاءُ الشهوةِ بالمُتْعةِ لا يَقَعُ وسيلةً إلى المقاصِدِ فلا يُشْرَعُ.

وأمّا الآيةُ الكريمةُ فمعنى قولِه: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ﴾ [النساء:٢٤] أي: في النّكاحِ؛ لأنّ المذكورَ في أوّلِ الآيةِ وآخِرِها هو النّكاحُ، فإنّ اللَّهَ تعالى ذكر أجناسًا من المُحرَّماتِ في أوّلِ الآيةِ في النّكاحِ، وأباحَ ما وراءَها بالنّكاحِ بقولِه عزَّ وجلَّ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء:٢٤] أي: بالنّكاحِ.

وقوله تعالى: ﴿مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾ [النساء:٢٤] أي: غيرَ مُتَناكِحينَ غيرَ زانينَ. وقال تعالى في سياقِ الآيةِ الكريمةِ: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾ [النساء:٢٥] ذكر النّكاحَ لا الإجارةَ والمُتْعةَ، فيُصْرَفُ قوله تعالى: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ [مِنْهُنَّ] [4]﴾

---

(١) **أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب**: نكاح المتعة، وبيان أنه أبيح ثم نسخ ثم أبيح ثم نسخ واستقر تحريمه إلى يوم القيامة، حديث (١٤٠٦).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/ ٢٠٢)، حديث (١٣٩٢٦)، من طريق سالم بن عبد الله أن رجلاً سأل عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن المتعة. فقال: حرام، قال: إن فلانًا يقول فيها، فقال: «والله لقد علم أن رسول الله ﷺ حرمها يوم خيبر وما كنا مسافحين»، قال البيهقي: «ثم إن رسول الله ﷺ أذن في نكاح المتعة زمن الفتح ثم حرمها إلى يوم القيامة...»

(٣) **أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب**: نكاح المتعة...، حديث (١٤٠٦)، وابن ماجه، حديث (١٩٦٢) من حديث سَبْرَة الجُهني أنه كان مع رسول الله ﷺ فقال: «يا أيها الناس إني قد كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده منهن شيء فَلْيُخَلِّ سبيله ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئًا».

(٤) زيادة من المخطوط.

إلى الاستمتاعِ بالنّكاحِ.

وأمّا قولُه: سَمَّى الواجبَ أجرًا: فنعَمْ، [لكن] (١) المهر في النّكاح يُسَمَّى أجرًا قال اللَّه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ [بِٱلْمَعْرُوفِ] (٢)﴾ [النساء:٢٥] أي: مُهورَهُنّ. وقال سبحانه وتعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ ٱلَّٰتِىٓ ءَاتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾ [الأحزاب:٥٠] وقولُه: أمرَ تعالى بإيتاءِ الأجرِ بعدَ الاستمتاعِ بهنّ، والمهْرُ يجبُ بنفسِ النّكاحِ ويُؤْخَذُ قبلَ الاستمتاعِ قلنا: قد قِيلَ: في الآيةِ الكريمةِ تقديمٌ وتأخيرٌ كأنّه تعالى قال: فآتوهُنّ أُجورَهُنّ إذا استَمْتَعتُم به منهُنّ، أي: إذا أرَدْتُم الاستمتاعَ بهنّ كقولِه تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أي: إذا أرَدْتُم تَطْليقَ النّساءِ على أنّه إنْ كان المُرادُ من الآيةِ الإجارةَ والمُتْعةَ فقد صارتْ منسوخةً بما تَلونا من الآياتِ ورَوَيْنا من الأحاديثِ، وعن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّ قولَه: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ﴾ [النساء:٢٤] نَسَخَه (٣) قولُه - عَزَّ وجَلَّ -: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ [الطلاق:١].

وعن ابنِ مسعودٍ رضي الله عنه أنّه قال: المُتْعةُ بالنّساءِ (٤) منسوخةٌ نَسَخَتْها آيةُ «الطّلاقِ»، والصّداقُ (٥) والعِدّةُ والمواريثُ والحُقوقُ التي (يجبُ فيها) (٦) النّكاحُ (٧)، أي: النّكاحُ هو الذي تَثْبُتُ به هذه الأشياءُ ولا يَثْبُتُ شيءٌ منها بالمُتْعةِ واللهُ أعلَمُ.

وأمّا الثاني: فهو أنْ يقولَ: أتزَوّجُكِ عشرةَ أيّام ونحوَ ذلك وأنّه فاسِدٌ عندَ أصحابِنا الثّلاثةِ. وقال زُفَرُ: (النّكاحُ جائزٌ، وهو مُؤَبّدٌ والشّرْطُ باطِلٌ).

ورَوَى الحسَنُ بنُ زيادٍ عن أبي حنيفةَ أنّه قال: إذا ذَكَرا من المُدّةِ مقدارَ ما يَعيشانِ إلى تلك المُدّةِ، فالنّكاحُ باطِلٌ، وإنْ ذَكَرا من المُدّةِ مقدارَ ما لا يَعيشانِ إلى تلك المُدّةِ في

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «نسخت».
(٤) في المخطوط: «متعة النساء».
(٥) في المخطوط: «الرضاع».
(٦) في المخطوط: «تجب في».
(٧) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، (٧/ ٢٠٧)، برقم (١٣٩٥٧)، ولفظه: «... ورواه الحجاج بن أرطأة عن الحكم عن أصحاب عبد الله بن مسعود ثم قال: المتعة المنسوخة نسخها الطلاق والصداق والعدة والميراث».

الغالِبِ يجوزُ النّكاحُ كأنّهما ذَكَرا الأبَدَ.

(وجه قولِه [(١)]): أنّه ذكر النّكاحَ وشَرَطَ فيه شرطًا فاسِدًا، والنّكاحُ لا تُبْطِلُه الشُّروطُ الفاسِدةُ فبَطَلَ الشّرطُ وبَقيَ النّكاحُ صحيحًا كما إذا قال: تَزَوّجْتُك إلى أنْ أُطَلِّقَك إلى عشرةِ أيّامٍ.

(ولَنا): أنّه لو جاز هذا العقدُ لَكان لا يخلو، إمَّا أنْ يجوزَ مُؤَقّتًا بالمُدَّةِ المذكورةِ وإمَّا أنْ يجوزَ مُؤَبّدًا لا سبيلَ إلى الأوّلِ؛ لأنّ هذا معنى المُتْعةِ إلاّ أنّه عَبّرَ عنها بلَفْظِ النّكاحِ والتّزَوُّجِ، والمُعتَبَرُ في العُقودِ معانيها لا الألفاظُ كالكفالةِ بشرطِ بَراءةِ الأصيلِ إنّها [(٢)] حَوالةٌ معنًى لوُجودِ معنى الحوالةِ، وإنْ لم يوجَدْ لَفْظُها، والمُتْعةُ منسوخةٌ، ولا وجهَ للثّاني؛ لأنّ فيه استحقاقَ البُضْعِ عليها من غيرِ رِضاها، وهذا لا يجوزُ.

وأمّا قولُه: أتَى بالنّكاحِ ثمّ أدخَلَ عليه شرطًا فاسِدًا، فمَمْنوعٌ بل أتَى بنِكاحٍ مُؤَقّتٍ، والنّكاحُ المُؤَقّتُ نِكاحُ مُتْعةٍ، والمُتْعةُ منسوخةٌ وصار هذا كالنّكاحِ المُضافِ أنّه لا يَصِحُّ، ولا يُقالُ: يَصِحُّ النّكاحُ وتَبْطُلُ الإضافةُ؛ لأنّ المأتيّ به نِكاحٌ مُضافٌ وأنّه لا يَصِحُّ كذا هذا بخلافِ ما إذا قال: تَزَوّجْتُك على أنْ أُطَلِّقَك إلى عشرةِ أيّامٍ؛ لأنّ هناك أبّدَ النّكاحَ ثمّ شَرَطَ قَطْعَ التّأبيدِ بذِكْرِ الطّلاقِ في النّكاحِ المُؤَبّدِ؛ لأنّه على [أنّ «أنْ»] [(٣)] كلِمةُ شرطٍ، والنّكاحُ المُؤَبّدُ لا تُبْطِلُه الشُّروطُ واللّه عَزّ وجَلّ أعلمُ.

* * *

---

(١) في المخطوط: «قول زفر».
(٢) في المخطوط: «لأنها».
(٣) ليست في المخطوط.

فصل [في المهر]

ومنها: المهْرُ فلا جوازَ للنِّكاحِ بدونِ المهْرِ عندَنا، والكلامُ في هذا الشّرطِ في مواضعَ:

في بيانِ أنّ المهْرَ هل هو شرطُ جوازِ النّكاحِ أم لا؟

وفي بيانِ أدنَى المقدارِ الذي يصلُحُ مَهْرًا.

وفي بيانِ ما يَصِحُّ تسميَتُه مَهْرًا وما لا يَصِحُّ.

و [في] [1]بيانِ حكمِ صِحَّةِ التّسميةِ وفَسادِها.

وفي بيانِ ما يجبُ به المهْرُ.

و [في] [2]بيانِ وقتِ وُجوبه وكيفيّةِ وُجوبه وما يتعَلّقُ بذلك من الأحكامِ.

وفي بيانِ ما يتأكّدُ به كُلُّ المهْرِ.

وفي بيانِ ما يسقُطُ به الكُلُّ.

وفي بيانِ ما يسقُطُ به النّصفُ.

زوفي بيانِ حكمِ اختِلافِ الزّوْجَيْنِ في المهْرِ.

أمَّا الأوّلُ فقد اختُلِفَ فيه قال أصحابُنا: إنّ، المهْرَ شرطُ جوازِ نِكاحِ المسلمِ[3].

وقال الشّافعيُّ: ليس بشرطٍ، ويجوزُ النّكاحُ بدونِ المهْرِ[4] حتّى إنّ مَنْ تَزَوّجَ امرأةً، ولم يُسَمِّ لها مَهْرًا بأنْ سَكَتَ عن ذِكْرِ المهْرِ، أو تَزَوّجَها على أنْ لا مَهْرَ لها ورَضيَتِ المرأةُ بذلك يجبُ مَهْرُ المثلِ بنفسِ العقدِ عندَنا حتّى يَثْبُتَ لها ولايةُ المُطالَبةِ بالتّسليمِ. ولو

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوى (ص١٨٤)، المبسوط (٥/ ٦٢)، فتح القدير (٣/ ٣١٧)، البناية في شرح الهداية (٤/ ٦٤٧)، حاشية رد المحتار (٣/ ١٠٨، ١٠٩).

(٤) مذهب الشافعية: أنه لا يفسد النكاح بفساد الصداق، انظر: رحمة الأمة ص ٤٠٢.

ماتَتِ المرأةُ قبلَ الدُّخولِ يُؤْخَذُ مَهْرُ المثلِ من الزَّوْجِ، ولو ماتَ الزَّوْجُ قبلَ الدُّخولِ تستَحِقُّ مَهْرَ المثلِ من تَرِكَتِه. وعندَه لا يجبُ مَهْرُ المثلِ بنفسِ العقدِ، وإنّما يجبُ بالفرضِ على الزّوْجِ أو بالدُّخولِ حتّى لو دخل بها قبلَ الفرضِ يجبُ مَهْرُ المثلِ، ولو طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها، وقبلَ الفرضِ لا يجبُ مَهْرُ المثلِ بلا خلافٍ، وإنّما تجبُ المُتْعةُ.

ولو ماتَ الزّوْجانِ لا يُقْضَى بشيءٍ في قولِ أبي حنيفةَ، وفي قولِ أبي يوسفَ ومحمّدٍ يُقْضَى لوَرَثَتِها بمَهْرِ مثلِها ويُستَوْفى من تَرِكةِ الزّوْجِ.

. ولا خلافَ في أنّ النِّكاحَ يَصِحُّ من غيرِ ذِكْرِ المهْرِ ومع نَفْيِه؛ لقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة:٢٣٦] رفع سبحانه الجُناحَ عَمَّنْ طَلَّقَ في نِكاحٍ لا تسميةَ فيه، والطّلاقُ لا يكونُ إلاّ بعدَ النّكاحِ فدَلَّ على جوازِ النّكاحِ بلا تسميةٍ، وقولُه تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ [الأحزاب:٤٩] والمُرادُ منه الطّلاقُ في نِكاحٍ لا تسميةَ فيه بدليلِ أنّه أوجب المُتْعةَ بقولِه: ﴿فَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [الأحزاب:٤٩]، والمُتْعةُ إنّما تجبُ في نِكاحٍ لا تسميةَ فيه فدَلَّ[(١)] على جوازِ النِّكاحِ من غيرِ تسميةٍ، ولأنّه متى قام الدّليلُ على أنّه لا جوازَ للنّكاحِ بدونِ المهْرِ كان ذِكْرُه ذِكْرًا للمَهْرِ ضرورةً.

احتَجَّ الشّافعيُّ بقولِه تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء:٤] سَمَّى الصّداقَ نِحْلةً، والنِّحْلةُ هي العطيّةُ، والعطيّةُ هي الصِّلةُ فدَلَّ أنّ المهْرَ صِلةٌ زائدةٌ في بابِ النّكاحِ فلا يجبُ بنفسِ العقدِ؛ ولأنّ النّكاحَ عَقْدُ ازْدِواجٍ؛ لأنّ اللّفْظَ لا يُنْبِئُ إلاّ عنه فيقتضي ثُبوتَ الزّوْجيّةِ [٢/ ٢٥أ] بينهما وحِلَّ الاستمتاعِ لكُلِّ واحِدٍ منهما بصاحِبه[(٢)] تحقيقًا لمَقاصِدِ النّكاحِ إلاّ أنّه ثبت عليها نوعُ مِلْكٍ في مَنافِعِ البُضْعِ ضرورةَ تُحقّقُ المقاصِدَ ولا ضرورةَ في إثباتِ مِلْكِ المهْرِ لها عليه، فكان المهْرُ عُهْدةً زائدةً في حَقِّ الزّوْجِ صِلةً لها فلا يَصيرُ عِوَضًا إلاّ بالتّسميةِ.

والدّليلُ على جوازِ النّكاحِ من غيرِ مَهْرٍ أنّ المولى إذا زَوّجَ أمَتَه من عبدِه يَصِحُّ النّكاحُ، ولا يجبُ المهْرُ؛ لأنّه لو وجب عليه لَوَجَبَ للمولى ولا يجبُ للمولى على عبدِه دَيْنٌ.

---

(١) في المخطوط: «فيدل».

(٢) في المخطوط: «لصاحبه».

وكذا الذِّمِّيُّ إذا تَزَوّجَ ذِمِّيّةً بغيرِ مَهْرٍ جاز النّكاحُ، ولا يجبُ المهْرُ. وكذا إذا ماتا في هذه المسألةِ قبلَ الفرضِ لا يجبُ شيءٌ عندَ أبي حنيفةَ -رحمه الله-.

(ولَنا): قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤] أخبر سبحانه وتعالى أنّه أُحِلّ ما وراءَ ذلك بشرطِ (الابتِغاءِ بالمالِ) [١] دَلَّ أنّه لا جوازَ للنّكاحِ بدونِ المالِ فإنْ قِيلَ: الإحلالُ بشرطِ ابتِغاءِ المالِ لا يَنْفي الإحلالَ بدونِ هذا الشّرطِ [خُصُوصًا على أصلِكم أنّ تَعليقَ الحكمِ بشرطٍ لا يَنْفي وُجودَه عندَ عَدَمِ الشّرطِ] [٢]، فالجوابُ أنّ الأصلَ في الأبضاعِ والنُّفوسِ هو الحُرْمةُ، والإباحةُ تَثْبُتُ بهذا الشّرطِ، فعندَ عَدَمِ الشّرطِ تَبْقَى الحُرْمةُ على الأصلِ لا حكمًا للتّعليقِ بالشّرطِ فلم يتناقضْ أصلُنا بحَمْدِ اللّه تعالى.

ورُوِيَ عن عَلْقَمةَ عن عبدِ اللّه بنِ مسعودٍ رضي الله عنه أنّ رجلاً كان يختلفُ إليه شهرًا يسألُه عن امرأةٍ ماتَ عنها زَوْجُها ولم يكنْ فرَضَ لها شيئًا، وكان يتردَّدُ في الجوابِ فلَمّا تَمَّ الشهرُ قال للسّائلِ: لم أجِدْ ذلك في كتابِ اللّه ولا فيما سَمِعتُه من رسولِ اللّه ﷺ ولكنْ أجتَهِدُ [فيه] [٣] برأيي، فإنْ أصَبْت فمن اللّه وإنْ أخطَأت فمن ابنِ أُمِّ عبدٍ، وفي روايةٍ: فإنْ كان صَوابًا فمن اللّه وإنْ كان خَطَأً فمِنّي ومن الشّيطانِ، واللّه ورسولُه منه بَريئَانِ، أرى لها مثلَ نِسائها لا وكْسَ ولا شَطَطَ، فقام رجلٌ يُقالُ له: معقِلُ بنُ سِنانٍ وقال: إنِّي أشهَدُ أنّ رسولَ اللّه ﷺ قضَى في برْوَعَ بنتِ واشِقٍ الأشجَعيّةِ مثلَ قضائك هذا، ثمّ قام أُناسٌ من أشجَعَ، وقالوا: إنّا نَشْهَدُ بمثلِ شهادَتِه، ففَرِحَ عبدُ اللّه رضي الله عنه فرَحًا لم يَفْرَحْ مثلَه في الإسلامِ، لموافَقةِ قضائه قضاءَ رسولِ اللّه ﷺ [٤].

ولأنّ مِلْكَ النّكاحِ لم يُشْرَع لعَيْنِه بل لمَقاصِدَ لا حُصُولَ لها إلاّ بالدّوامِ على النّكاحِ والقرارِ عليه، ولا يَدومُ إلاّ بوُجوبِ المهْرِ بنفسِ العقدِ لما يَجْري بين الزّوْجَيْنِ من الأسبابِ التي تحمِلُ الزّوْجَ على الطّلاقِ من الوَحْشةِ والخشونةِ، فلو لم يجبِ المهْرُ بنفسِ العقدِ لا يُبالي الزّوْجُ عن إزالةِ هذا المِلْكِ بأدنَى خُشونةٍ تحدُثُ بينهما؛ لأنّه لا يَشُقُّ عليه

---

(١) في المخطوط: «ابتغاء المال». (٢) ليست في المخطوط.

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) صحيح: أخرجه أبو داود، كتاب النكاح، باب: فيمن تزوج ولم يُسَم صداقًا حتى مات، حديث (٢١١٦)، والترمذي، حديث (١١٤٥)، والنسائي، حديث (٣٣٥٨)، وانظر الإرواء (١٩٣٩).

إزالتَه لَمَّا (لم يَخَفْ) (١) لُزومَ المهْرِ فلا تحصُلُ المقاصِدُ المطْلوبةُ من النِّكاحِ .

ولأنّ مَصالِحَ النِّكاحِ ومَقاصِدَه لا تحصُلُ إلاّ بالموافَقةِ ولا تحصُلُ الموافَقةُ إلاّ إذا كانتِ المرأةُ عَزيزةً مُكَرَّمةً عندَ الزّوْجِ ولا عِزَّةَ إلاّ بانسِدادِ طَريقِ الوُصُولِ إليها إلاّ بمالٍ له خَطَرٌ عندَه؛ لأنّ ما ضاقَ طَريقُ إصابَتِه (٢) يَعِزُّ في الأعيُنِ فيَعِزُّ به إمساكُه، [وما يتيسَّرُ طَريقُ إصابَتِه يَهونُ في الأعيُنِ فيَهونُ إمساكُه، ومتى هانَتْ في أعيُنِ الزّوْجِ تَلْحَقُها الوَحْشةُ فلا تقَعُ الموافَقةُ فلا تحصُلُ مَقاصِدُ النِّكاحِ؛ ولأنّ المِلْكَ ثابِتٌ في جانِبِها إمَّا في نفسِها وإمَّا في المُتْعةِ، وأحكامُ المِلْكِ في الحُرَّةِ تُشْعِرُ بالذُّلِّ والهوانِ فلا بُدَّ وأنْ يُقابِلَه مالٌ له خَطَرٌ؛ ليَنْجَبِرَ الذُّلُّ من حيث المعنى .

والدّليلُ على صِحَّةِ ما قلنا وفَسادِ ما قال : أنّها إذا طَلَبَتِ الفرضَ من الزّوْجِ يجبُ عليه الفرضُ حتّى لو امتَنَعَ، فالقاضي يُجْبِرُه على ذلك ولو لم يَفْعَلْ نابَ القاضي مَنابَه في الفرضِ، وهذا دليلُ الوُجوبِ قبلَ الفرضِ؛ لأنّ الفرضَ تقديرٌ ومن المُحالِ وُجوبُ تقديرِ ما ليس بواجبٍ . وكذا لها أنْ تحبِسَ نفسَها حتّى يُفْرَضَ لها المهْرُ ويُسَلَّمَ إليها بعدَ الفرضِ، وذلك كُلُّه دليلُ الوُجوبِ بنفسِ العقدِ .

وأمَّا الآيةُ فالنِّحْلةُ كما تُذْكَرُ بمعنى العطيّةِ تُذْكَرُ بمعنى الدِّينِ، يُقالُ : ما نِحْلَتُك؟ أي : ما دينُكَ؟ فكان معنى قوله تعالى : ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء:٤] أي : دينًا أي : انتَحِلوا ذلك .

وعلى هذا كانتِ الآيةُ حُجَّةً عليه؛ لأنّها تقتَضي أنْ يكونَ وُجوبُ المهْرِ في النِّكاحِ دينًا فيَقَعُ الاحتِمالُ في المُرادِ بالآيةِ فلا تكونُ حُجَّةً مع الاحتِمالِ .

وأمّا قولُه: النِّكاحُ يُنْبِئُ عن الازْدِواجِ فقطْ فنعَم لكنّه شُرِعَ لمَصالِحَ لا تَصْلُح إلاّ بالمهْرِ فيجبُ المهْرُ، ألا ترى أنّه لا يُنْبِئُ عن المِلْكِ أيضًا لكنْ لَمَّا كان مَصالِحُ النِّكاحِ لا تحصُلُ بدونِه ثبت تحصيلاً للمَصالِحِ كذا المهْرُ .

وأمَّا المولى إذا زَوَّجَ أمَتَه من عبدِه فقد قِيلَ : إنّ المهْرَ يجبُ ثمّ يسقُطُ، وفائدةُ] (٣) [٢/ ٢٥ب] الوُجوبِ هو (٤) جوازُ النِّكاحِ .

---

(١) في المخطوط : «لا يخاف».

(٢) في المخطوط : «الوصول إليه».

(٣) ما بين المعقوفين طمس في المخطوط.

(٤) في المخطوط : «هي».

وأمَّا الذِّمِّيُّ إذا تزَوّجَ ذِمِّيَّةً (من غيرِ) [١] مَهْرٍ فعلى قولِهما يجبُ المهْرُ.

وأمَّا على قولِ أبي حنيفةَ فيجبُ أيضًا إلاَّ أنّا لا نَتَعَرَّضُ لهم؛ لأنّهم يَدينونَ ذلك، وقد [٢] أُمِرْنا بتركِهم وما يَدينونَ حتّى إنّهما لو ترافَعا إلى القاضي فرَضَ القاضي لها المهْرَ. وكذا إذا ماتَ الزّوْجانِ يُقْضَى بمَهْرِ المثلِ لوَرَثةِ المرأةِ عندَهما. وعندَ أبي حنيفةَ إنّما لا يُقْضَى [به] [٣] لوُجودِ الاستيفاءِ دَلالةً؛ لأنّ موتَهما مَعًا في زَمانٍ واحِدٍ نادِرٌ، وإنّما الغالِبُ موتُهما على التّعاقُبِ فإذا لم تجزِ المُطالَبةُ بالمهْرِ دَلَّ ذلك على الاستيفاءِ أو على استيفاءِ البعضِ والإبراءِ عن البعضِ مع ما أنّه قد قِيلَ: إنّ قولَ أبي حنيفةَ محمولٌ على ما إذا تقادَمَ العهْدُ حتّى لم يَبْقَ من نِسائها مَنْ يُعتَبَرُ به مَهْرُ مثلِها كذا ذكره أبو الحسَنِ الكَرْخيُّ وأبو بكرٍ الرّازيّ، وعندَ ذلك يتعَذَّرُ القضاءُ بمَهْرِ المثلِ وإلى هذا أشارَ محمّدٌ لأبي حنيفةَ [وقال] [٤]: أرأيت لو أنّ ورَثةَ عَليٍّ ادَّعَوْا على ورَثةِ عمرَ مَهْرَ أُمِّ كُلْثومَ رضي الله عنهم أكُنْتُ [٥] أقضي به؟ وهذا المعنى لم يوجَدْ في موتِ أحدِهما فيجبُ مَهْرُ المثلِ والله الموفق.

فصل [في أقل المهر]

وأمَّا بيانُ أدنَى المقدارِ الذي يصلُحُ مَهْرًا فأدناه عشرةُ دَراهِمَ أو ما قيمَتُه عشرةُ دَراهِمَ، وهذا عندَنا[٦]، وعندَ الشّافعيِّ: المهْرُ غيرُ مُقَدَّرٍ يستَوِي فيه القليلُ والكثيرُ وتَصْلُحُ الدّانِقُ والحبَّةُ مَهْرًا[٧]. واحتَجَّ بما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**مَن أعطَى في نِكاحٍ مِلْءَ كفَّيْه طَعامًا أو دَقيقًا أو سَوِيقًا فقد استَحَلَّ**»[٨].

---

(١) في المخطوط: «بغير».
(٢) في المخطوط: «ونحن».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) في المخطوط: «كنت».
(٦) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوى ص ٧١٤، مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٢٥٢).
(٧) مذهب الشافعية: أنه يجوز الصداق بقليل المال وكثيره، ولو بدرهم واحد، انظر: الأم (٥/ ٥٨)، مختصر المزنى ص (١٧٩).
(٨) ضعيف: رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب: قلة المهر، حديث (٢١١٠)، والدارقطني (٣/ ٢٤٣). وضعفه الألباني في ضعيف أبي داود، وانظر ضعفاء العقيلي (٢/ ٢٠٥)، والتحقيق لابن الجوزى (٢/ ٢٨٠).

ورُوِيَ عن أَنَسٍ رضي الله عنه أنّه قال: «تَزَوّجَ عبدُ الرّحمَنِ بنُ عَوْفٍ امرأةً على وزْنِ نواةٍ من ذَهَبٍ»[(١)]، وكان ذلك بمحضَرٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم فدَلَّ أنّ التّقْديرَ في المهْرِ ليس بلازِمٍ؛ ولأنّ المهْرَ ثبت حَقًّا للعبدِ وهو [حَقٌّ][(٢)] المرأةِ بدليلِ أنّها تَمْلِكُ التّصَرُّفَ فيه استيفاءً وإسقاطًا، فكان التّقْديرُ فيه إلى العاقِدَيْنِ.

(ولَنا): قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء:٢٤] شَرَطَ سبحانه وتعالى أنْ يكونَ المهْرُ مالاً. والحبّةُ والدّانِقُ ونحوُهما لا يُعَدّانِ مالاً فلا يصلُحُ مَهْرًا.

ورُوِيَ عن جابرٍ رضي الله عنه عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «لا مَهرَ دونَ عشرةِ دَراهِمَ»[(٣)].

وعن عمرَ وعَليٍّ وعبدِ اللّه بنِ عمرَ رضي الله عنهم أنّهم قالوا: لا يكونُ المهْرُ أقَلَّ من عشرةِ دَراهِمَ، والظّاهرُ أنّهم قالوا ذلك توفيقًا؛ لأنّه بابٌ لا يوصَلُ إليه بالاجتِهادِ والقياسِ؛ ولأنّه لَمّا وقَعَ الاختِلافُ في المقدارِ يجبُ الأخذُ بالمُتيَقّنِ وهو العشرةُ.

وأمّا الحديثُ ففيه إثباتُ الاستحلالِ، إذا ذُكِرَ فيه مالٌ قَليلٌ لا تَبْلُغُ[(٤)] قيمتُه عشرةً. وعندَنا الاستحلالُ صحيحٌ ثابِتٌ؛ لأنّ النّكاحَ صحيحٌ [ثابِتٌ][(٥)] ألا ترى أنّه يَصِحُّ من غيرِ تسميةِ شيءٍ أصلاً؟، فعندَ تسميةِ مالٍ قَليلٍ أولى إلاّ أنّ المُسَمّى إذا كان دونَ

---

(١) رواه البخاري، كتاب النكاح، باب: قول الله تعالى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء:٤] حديث (٥١٤٨)، ومسلم، كتاب النكاح، باب: الصداق وجواز كونه تعليم قرآن، وخاتم حديد، حديث (١٤٢٧)، وأبو داود، حديث (٢١٠٩)، والترمذي، حديث (١٠٩٤)، والنسائي، حديث (٣٣٥١)، وابن ماجه، حديث (١٩٠٧).

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) ضعيف جدًا: رواه الدارقطني في سننه (٣/ ٢٤٤)، حديث (١١)، والطبراني في الأوسط (١/ ٦)، حديث (٣)، وأبو يعلى في مسنده (٤/ ٧٢)، حديث (٢٠٩٤)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٣٣)، حديث (١٣٥٣٨)، عن جابر رضي الله عنه، وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ٢٧٥): رواه أبو يعلى، وفيه مبشر بن عبيد، وهو متروك.

وقال الحافظ في الدراية (٢/ ٢٦): إسناده واه، لأن فيه مبشر بن عبيد، فهو كذاب. بل قال الحافظ: ويعارضه حديث سهل بن سعد في الواهبة: «التمس ولو خاتمًا من حديد» متفق عليه، وقال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ١٩٦): قال الدارقطني: مبشر بن عبيد متروك الحديث، أحاديثه لا يتابع عليها، قلت: وفيه الحجاج بن أرطاة، وهو ضعيف.

(٤) في المخطوط: «يبلغ».

(٥) ليست في المخطوط.

العشرةِ (١) تُكَمَّلُ عشرةً، وليس في [الحديثِ نَفْيُ الزِّيادةِ على القدرِ. وعندَنا قام دليلُ الزِّيادةِ إلى العشرةِ لما نذكرُ فيُكَمَّلُ عشرةً ولا حُجَّةَ له فيما رُوِيَ من الأثرِ؛ لأنّ فيه وزْنَ نواةٍ من ذَهَبٍ، وقد تكونُ مثلَ وزْنِ دينارٍ بل تكونُ أكثرَ في العادةِ، فإنْ قِيلَ: رُوِيَ أنّ قيمةَ النّواةِ كانتْ ثلاثةَ دَراهِمَ.

فالجوابُ أنّ المُقَوِّمَ غيرُ معلومٍ أنّه مَنْ كان فلا يصلُحُ أنْ يُجْعَلَ قولُ ذلك حُجَّةً على الغيرِ حتّى يُعلَمَ أنّه مَنْ هو مع ما أنّه قد قال قَوْمٌ: إنّ النّواةَ كان بَلَغَ وزْنُها قيمةَ عشرةِ دَراهِمَ، وبه قال إبراهيمُ النّخَعيّ على أنّ القدرَ المذكورَ في الخبرِ والأثرِ كان يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ مُعَجَّلاً في المهْرِ لا أصلَ المهْرِ على ما جَرَتِ العادةُ بتَعجيلِ شيءٍ من المهْرِ قبلَ الدُّخولِ ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ ذلك كُلُّه في حالِ جوازِ النّكاح بغيرِ مَهْرٍ على ما قِيلَ أنّ النّكاحَ كان جائزًا بغيرِ مَهْرٍ إلى أنْ «**نَهَى النّبيُّ ﷺ عن الشّغارِ**(٢)» (٣).

وأمّا قولُه: إنّ المهْرَ حَقُّ العبدِ فكان التّقْديرُ فيه إلى العبدِ فنقول: نَعَم هو في حالةِ البقاءِ حَقُّها على الخلوصِ، فأمّا في حالةِ الثُّبوتِ فحَقُّ الشّرعِ مُتَعَلِّقٌ به إبانةً لخطَرِ البُضْعِ صيانةً له عن شُبْهةِ الابتِذالِ بإيجاب مالٍ له خَطَرٌ في الشّرعِ كما في نِصابِ السّرِقةِ، فإنْ كان المُسَمَّى أقَلَّ من عشرةٍ يُكَمَّلُ عشرةً عندَ أصحابِنا الثّلاثةِ وقال زُفَرُ: لها مَهْرُ المثلِ.

(وجه قوله): أنّ ما دونَ العشرةِ لا يصلُحُ مَهْرًا ففَسَدَتِ التّسميةُ كما لو سَمَّى خَمْرًا أو خِنْزيرًا فيجبُ مَهْرُ المثلِ.

(ولَنَا): أنّه لما كان أدنَى المقدارِ الذي يصلُحُ مَهْرًا في الشّرعِ هو العشرةُ، كان ذِكْرُ بعضِ العشرةِ ذِكْرًا للكُلِّ؛ لأنّ العشرةَ في كونِها مَهْرًا لا يتجزَّأُ، وذِكْرُ البعضِ فيما لا يتبَعَّضُ يكونُ ذِكْرًا لكُلِّه كما في الطّلاقِ والعفوِ عن القِصاصِ.

---

(١) في المخطوط: «عشرة».

(٢) نكاح الشِّغار: أن يُزَوِّج الرجل ابنته من رجل على أن يزوجه ابنته، وكلتاهما بغير مهر، وهو من أنكحة الجاهلية التي أبطلها الإسلام. انظر معجم لغة الفقهاء ص (٢٦٣).

(٣) أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب: الشغار، حديث (٥١١٢)، ومسلم، كتاب النكاح، باب: تحريم نكاح الشغار وبطلانه، حديث (١٤١٥)، وأبو داود، حديث (٢٠٧٤)، والترمذي، حديث (١١٢٤)، والنسائي، حديث (٣٣٣٤)، وابن ماجه، حديث (١٨٨٣)، من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

وأمّا قولُه: إنّ ما دونَ العشرةِ لا يصلُحُ مَهْرًا فتفسُدُ التّسميةُ] [1] [٢/ ٢٦أ] فنقول: التّسميةُ إنّما تفسُدُ إذا لم يكنِ المُسَمَّى مالاً أو كان مجهولاً، وههنا المُسَمَّى مالٌ، وإنْ قَلَّ فهو [2] معلومٌ إلا أنّه لا يصلُحُ مَهْرًا بنفسِه إلاَّ بغيرِه فكان ذِكْرُه ذِكْرًا لما هو الأدنَى من المصالح بنفسِه، وفيه تَصْحيحُ تَصَرُّفِه بالقدرِ المُمْكِنِ فكان أولى من إلحاقِه بالعدَمِ، وفيه أخذٌ باليقينِ أيضًا فكان أحَقَّ بخلافِ ما إذا ذكر خَمْرًا أو خِنْزيرًا؛ لأنّ المُسَمَّى ليس بمالٍ فلم [3] يصلُحْ مَهْرًا لا بنفسِه ولا بغيرِه، ففَسَدَتِ التّسميةُ فوَجَبَ الموجَبُ الأصليُّ - وهو مَهْرُ المثلِ -.

ولو تَزَوّجَها على ثَوْبٍ مُعَيّنٍ أو على موصُوفٍ [أو على مَكيلٍ أو موزونٍ مُعَيّنٍ] [4] فذلك مَهْرُها إذا بَلَغَتْ قيمَتُه عشرةً وتُعتَبَرُ قيمَتُه يومَ العقدِ لا يومَ التّسليمِ حتّى لو كانتْ قيمَتُه يومَ العقدِ عشرةً فلم يُسَلِّمْه إليها حتّى صارتْ قيمَتُه ثَمانيةً فليس لها إلاَّ ذلك. ولو كانتْ قيمَتُه يومَ العقدِ ثَمانيةً فلم يُسَلِّمْه إليها حتّى صارتْ قيمَتُه عشرةً فلَها ذلك ودِرْهَمانِ.

وذكر الحسَنُ عن أبي حنيفةَ أنّه فرّقَ بين الثّوبِ وبين المكيلِ والموزونِ فقال: في الثّوبِ تُعتَبَرُ قيمَتُه يومَ التّسليمِ، وفي المكيلِ والموزونِ يومَ العقدِ، وهذا الفرقُ لا يُعقَلُ له وجهٌ في المُعَيّنِ؛ لأنّ الزّوْجَ يُجبَرُ على تسليمِ المُعَيّنِ فيهِما جميعًا ووجه الفرقِ بينهما في الموصُوفِ أنّ المكيلَ و [5] الموزونَ إذا كان موصُوفًا في الذِّمّةِ، فالزّوْجُ مجبورٌ على دَفْعِه ولا يجوزُ دَفْعُ غيرِه من غيرِ رِضاها، فكان مُستقرًّا مَهْرًا بنفسِه في ذِمّتِه فتُعتَبَرُ قيمَتُه يومَ الاستِقْرارِ - وهو يومُ العقدِ - فأمّا الثّوبُ - وإنْ وُصِفَ - فلم يتقرَّرْ مَهْرًا في الذِّمّةِ بنفسِه، بل الزّوْجُ مُخَيّرٌ في [6] تسليمِه وتسليمِ قيمَتِه في إحدى الرّوايتيْنِ على ما نذكرُ - إنْ شاء اللّه تعالى - وإنّما يتقرَّرُ مَهْرًا بالتّسليمِ فتُعتَبَرُ قيمَتُه يومَ التّسليمِ.

(وجه ظاهرِ الرّوايةِ): أنّ ما جُعِلَ مَهْرًا لم يتغيّرْ في نفسِه، وإنّما التّغيُّرُ في رَغَباتِ النّاسِ بحُدوثِ فُتورٍ فيها، ولِهذا لو غَصَبَ شيئًا قيمَتُه عشرةٌ فيُعتَبَرُ سِعرُه، وصار يُساوِي خمسةً

---

(١) ما بين المعقوفين مطموس.
(٢) في المخطوط: «وهو».
(٣) في المخطوط: «فلا».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «أو».
(٦) في المخطوط: «بين».

فرَدَّه على المالِكِ لا يَضْمَنُ شيئًا، ولأنّه لَمَّا سَمَّى ما هو أدنى ماليّةٍ من العشرةِ كان ذلك تسميةً للعشرةِ؛ لأنّ ذِكْرَ البعضِ فيما لا يتجزَّأُ ذِكْرٌ لكُلِّه فصار كأنّه سَمَّى ذلك ودِرْهَمَيْنِ ثمّ ازْدادَتْ قيمَتُه، واللّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

فصل [في ما يصح تسميته مهرًا]

وَأمَّا بيانُ ما يَصِحُّ تسميَتُه مَهْرًا، وما لا يَصِحُّ، وبيانُ حكمِ صِحَّةِ التّسميةِ وفَسادِها فنقول:

لصِحَّةِ التّسميةِ شَرائطُ:

منها: أنْ يكونَ المُسَمَّى مالاً مُتقَوِّمًا وهذا عندَنا[١]. وعندَ الشّافعيِّ هذا ليس بشرطٍ، ويَصِحُّ [٢] التّسميةُ سَواءٌ كان المُسَمَّى مالاً أو لم يكنْ بعدَ أنْ يكونَ [٣] مِمَّا يجوزُ أخذُ العِوَضِ عنه[٤].

واحتَجَّ بما رُوِيَ أنّ امرأةً جاءتْ إلى رسولِ اللّه ﷺ وقالتْ: يا رسولَ اللّه إنِّي وهَبْت نفسي لَكَ، فقال عليه الصلاة والسلام: «ما بي في النِّساءِ من حاجةٍ»، فقام رجلٌ وقال: زَوِّجْنيها يا رسولَ اللّه ﷺ، فقال رسولُ اللّه ﷺ: «ما عندَكَ؟» فقال: ما عندي شيءٌ أُعطيها، فقال: «أعطِها ولو خاتَمًا من حديدٍ»، فقال ما عندي، فقال: «هل معك شيءٌ من القرآنِ؟» قال: نَعَم سورةُ كذا، فقال: «زَوّجْتُكها بما معك من القرآنِ»[٥] ومعلومٌ أنّ المُسَمَّى - وهو السّورةُ من القرآنِ - لا يوصَفُ بالماليّةِ [٦]، فدَلَّ أنّ كونَ التّسميةِ مالاً ليس بشرطٍ لصِحَّةِ التّسميةِ.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: رءوس المسائل (ص ٤٠٠).
(٢) في المخطوط: «تصح». (٣) في المخطوط: «كان».
(٤) مذهب الشافعية: أن منافع الحر يجوز أن تكون صداقًا، انظر: مختصر المزني ص ١٧٩، المهذب (٢/ ٥٧).
(٥) رواه البخاري، كتاب فضائل القرآن، باب: خيركم من تعلم القرآن وعلمه، حديث (٥٠٢٩)، ومسلم، كتاب النكاح، باب: الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، حديث (١٤٢٥)، وأبو داود، حديث (٢١١١)، والترمذي، حديث (١١١٤)، والنسائي، حديث (٣٣٣٩)، وابن ماجه، حديث (١٨٨٩)، وابن حبان في صحيحه (٩/ ٤٠٣)، حديث (٤٠٩٣) عن سهل بن سعد رضي الله عنه.
(٦) في المخطوط: «بالمال».

(ولَنا)، قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ﴾ [النساء: ٢٤] شَرَطَ أنْ يكونَ المهرُ مالاً، فما لا يكونُ مالاً لا يكونُ مَهْرًا فلا تَصِحُّ تسميَتُه مَهْرًا، وقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] أمرَ بتنصيفِ المفروضِ في الطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ فيقتضي كونَ المفروضِ مُحْتَمِلاً للتَّنْصيفِ - وهو المالُ -.

وأمَّا الحديثُ فهو في حَدِّ الآحادِ، ولا يُتْرَكُ نَصُّ الكتابِ بخَبَرِ الواحِدِ مع ما أنّ ظاهرَه مَتْروكٌ؛ لأنّ السّورةَ من القرآنِ لا تكونُ مَهْرًا بالإجماعِ، وليس فيه ذِكْرُ (تَعليمِ القرآنِ ولا ما) [١] يَدُلُّ عليه، ثمّ تَأْوِيلُها زَوّجْتُكها بسببِ ما معك من القرآنِ وبِحُرْمَتِه وبَرَكَتِه لا أنّه كان ذلك النّكاحُ بغيرِ تسميةِ مالٍ.

وعلى هذا الأصلِ مَسائلُ: إذا تَزَوّجَ على تَعليمِ القرآنِ أو على تَعليمِ الحلالِ والحرامِ من الأحكامِ أو على الحجِّ والعُمْرةِ ونحوِها من الطّاعاتِ لا تَصِحُّ التّسميةُ عندَنا؛ لأنّ المُسَمَّى ليس بمالٍ فلا يَصيرُ شيءٌ من ذلك مَهْرًا، ثمّ الأصلُ في التّسميةِ أنّها إذا صَحَّتْ وتقَرَّرَتْ يجبُ المُسَمَّى، ثمّ يُنْظَرُ إنْ كان المُسَمَّى عشرةً فصاعِدًا فليس لها إلاّ ذلك، وإنْ كان دونَ العشرةِ (تُكَمَّلُ العشرةُ) [٢] عندَ أصحابِنا الثّلاثةِ خلافًا لزُفر، والمسألةُ قد مرَّتْ.

وإذا فسدتِ التّسميةُ أو تَزَلْزَلَتْ يجبُ مَهْرُ المثلِ؛ لأنّ العِوَضَ الأصليّ في هذا البابِ هو مَهْرُ المثلِ؛ لأنّه [٢/ ٢٦ب] قيمةُ البُضْعِ، وإنّما يُعدَلُ عنه إلى المُسَمَّى إذا صَحَّتِ التّسميةُ، وكانتِ التّسميةُ تقديرًا لتلك القيمةِ، فإذا لم تَصِحَّ التّسميةُ أو تَزَلْزَلَتْ لم يَصِحَّ التّقْديرُ، فإذا لم يَصِحَّ التّقْديرُ، فوَجَبَ [٣] المصيرُ إلى الفرضِ الأصليِّ، ولِهذا كان المبيعُ بَيْعًا فاسِدًا مَضمونًا بالقيمةِ في ذَواتِ القِيَمِ لا بالثّمَنِ كذا هذا، والنّكاحُ جائزٌ لأنّ جوازَه لا يَقِفُ على التّسميةِ أصلاً، فإنّه جائزٌ عندَ عَدَمِ التّسميةِ رأسًا، فعَدَمُ التّسميةِ إذًا لم يمنع جوازَ النّكاحِ ففَسادُها أولى أنْ لا يمنَعَ، ولأنّ التّسميةَ إذا فسدتِ التَحقَتْ بالعدَمِ، فصار كأنّه تَزَوّجَها ولم يُسَمِّ شيئًا، وهناك النّكاحُ صحيحٌ كذا هذا، ولأنّ تسميةَ ما ليس بمالٍ شرطٌ فاسِدٌ، والنّكاحُ لا تُبْطِلُه الشُّروطُ الفاسِدةُ بخلافِ البيْعِ.

والفرقُ أنّ الفسادَ في بابِ البيْعِ لمكانِ الرِّبا، والرِّبا لا يتحقّقُ في النّكاحِ فيَبْطُلُ الشّرطُ

---

(١) في المخطوط: «التعليم للقرآن وما لا».
(٢) في المخطوط: «يكمل عشرة».
(٣) في المخطوط: «ووجب».

ويبقى النِّكاحُ صحيحًا، وعندَه تَصِحُّ التّسميةُ ويَصيرُ المذكورُ مَهْرًا لأنّه يجوزُ أخذُ العِوَضِ عنه بالاستِئْجارِ عليه عندَه فتَصِحّ تسميَتُه مَهْرًا.

وكذلك إذا تَزَوّجَ امرأةً على طَلاقِ امرأةٍ أُخرى أو على العفوِ عن القِصاصِ عندَنا؛ لأنّ الطّلاقَ ليس بمالٍ وكذا القِصاصُ، وعندَه تَصِحُّ التّسميةُ؛ لأنّه يجوزُ أخذُ العِوَضِ عن الطّلاقِ والقِصاصِ.

وكذلك إذا تَزَوّجَها على أنْ لا يُخرِجَها من بَلَدِها أو على أنْ لا يتزَوّجَ عليها، فإنّ [(١)] المذكورَ ليس بمالٍ.

وكذا لو تَزَوّجَ المسلمُ المسلمةَ على مَيْتةٍ أو دَمٍ أو خَمْرٍ أو خِنْزيرٍ لم تَصِحَّ التّسميةُ، لأنّ الميْتةَ و [(٢)] الدّمَ ليسا بمالٍ في حَقِّ أحدٍ، والخَمْرُ والخِنْزيرُ ليسا بمالٍ مُتقَوِّمٍ في حَقِّ المسلمِ، فلا [(٣)] تَصِحُّ تسميةُ شيءٍ من ذلك مَهْرًا.

وعلى هذا يخرجُ نِكاحُ الشِّغارِ، وهو أنْ يُزَوِّجَ الرّجُلُ أُختَه لآخَرَ على أنْ يُزَوِّجَه [الآخَرُ] [(٤)] أُختَه، أو يُزَوِّجَه ابنَتَه على أن يزوجه ابنته أو يُزَوِّجَه أمَتَه على أن يزوجه أمته، وهذه [(٥)] التّسميةُ فاسِدةٌ؛ لأنّ كُلَّ واحِدٍ منهما جعل بُضْعَ كُلِّ واحِدةٍ منهما مَهْرَ الأُخرى، والبُضْعُ ليس بمالٍ ففَسَدَتِ التّسميةُ، ولِكُلِّ واحِدةٍ منهما [(٦)] مَهْرُ المثلِ [(٧)]؛ لما قلنا: والنِّكاحُ صحيحٌ عندَنا[(٨)]، وعندَ الشّافعيِّ فاسِدٌ[(٩)].

واحتَجَّ بما رُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ «أنه نَهَى عن نِكاحِ الشِّغارِ» [(١٠)]، والنّهْيُ يوجِبُ فسادَ المنْهيِّ عنه؛ ولأنّ كُلَّ واحِدٍ منهما جعل بُضْعَ كُلِّ واحِدةٍ من المرأتَيْنِ نِكاحًا وصَداقًا، وهذا لا يَصِحُّ.

---

(١) في المخطوط: «لأن».
(٢) في المخطوط: «أو».
(٣) في المخطوط: «فلم».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «فهذه».
(٦) في المخطوط: «من المرأتين».
(٧) في المخطوط: «مثلها».
(٨) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوى ص ١٨١، المبسوط (٥/ ١٠٥)، رؤوس المسائل (ص٣٩٢)، فتح القدير (٣/ ٣٣٨)، البناية في شرح الهداية (٤/ ٦٧٩، ٦٨٠).
(٩) مذهب الشافعية: أن نكاح الشغار باطل، انظر: الحاوي الكبير (١١/ ٤٤٣)، الوسيط في المذهب (٥/ ٤٨)، روضة الطالبين (٧/ ٤٠، ٤١)، منهاج الطالبين ص ٩٦، مغني المحتاج (٣/ ١٤٢) نهاية المحتاج (٦/ ٢١٥).
(١٠) سبق تخريجه.

(ولنا): أنَّ هذا النِّكاحَ مُؤَبَّدٌ أدخَلَ فيه شرطًا فاسِدًا حيث شَرَطَ فيه أنْ يكونَ بُضْعُ كُلِّ واحِدةٍ منهما مَهْرَ الأُخرى، والبُضْعُ لا يصلُحُ مَهْرًا، والنِّكاحُ لا تُبْطِلُه الشُّروطُ الفاسِدةُ كما إذا تَزَوَّجها على أنْ يُطَلِّقَها أو على أنْ يَنْقُلَها من منزِلِها ونحوَ ذلك وبه تَبَيَّنَ أنّه لم يَجْتَمِعِ النِّكاحُ والصَّداقُ في بُضْعٍ واحِدٍ؛ لأنّ جَعلَ البُضْعِ صَداقًا لم يَصِحَّ. فأمَّا [(١)] النَّهْيُ عن نِكاحِ الشِّغارِ، [فنِكاحُ الشِّغارِ] [(٢)]: هو النِّكاحُ الخالي عن العِوَضِ، مأخوذٌ من قولِهم: شَغَرَ البَلَدُ: إذا خَلا عن السُّلْطانِ، وشَغَرَ الكلْبُ: إذا رفع إحدى رِجْليه. وعندَنا هو [(٣)] نِكاحٌ بعِوَضٍ وهو مَهْرُ المثلِ فلا يكونُ شِغارًا، على أنّ النَّهْيَ ليس عن عَيْنِ النِّكاحِ؛ لأنّه تَصرُّفٌ مشروعٌ مشتَمِلٌ على مَصالِحِ الدِّينِ والدُّنْيا، فلا يُحْتَمَلُ النَّهْيُ بل عن إخلاءِ النِّكاحِ عن تسميةِ المهْرِ. والدّليلُ عليه ما رُوِيَ عن عبدِ اللّه بنِ عمرَ رضي الله عنهما أنه قال: نَهى رسولُ اللّه ﷺ أنْ تُنْكَحَ المرأةُ بالمرأةِ، ليس لواحِدةٍ منهما مَهْرٌ[(٤)]، وهو [(٥)] إشارةٌ إلى أنّ النَّهْيَ لمكانِ (ترك تسميةِ المهْرِ) [(٦)] لا لعَيْنِ النِّكاحِ فبَقِيَ النِّكاحُ صحيحًا.

ولو تَزَوَّجَ حُرٌّ امرأةً على أنْ يخدُمَها سَنةً، فالتّسميةُ فاسِدةٌ ولها مَهْرُ مثلِها في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ وعندَ محمّدٍ التّسميةُ صحيحةٌ ولها قيمةُ خِدْمةِ [(٧)] سَنةٍ [(٨)]، وعندَ الشّافعيِّ التّسميةُ صحيحةٌ ولها خِدْمةُ [(٩)] سَنةٍ [(١٠)].

---

(١) في المخطوط: «وأما».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «هذا».

(٤) لم أجده هكذا، وأخرجه الطبراني في الأوسط (٤/ ٤١)، حديث (٣٥٥٩)، والصغير (١/ ٢٦٨)، حديث (٤٤١) من حديث أبي بن كعب قال: قال رسول الله ﷺ: «لا شغار في الإسلام». قالوا: وما الشغار يا رسول الله؟ قال: «نكاح المرأة بالمرأة لا صداق بينهما». وذكره الهيثمي في المجمع (٤/ ٢٦٦)، وقال: «رواه الطبراني في الصغير والأوسط وفيه يوسف بن خالد السمتي وهو ضعيف، والسند منقطع أيضًا»، وقال الحافظ في التلخيص (٣/ ١٥٤): «وإسناده وإن كان ضعيفًا لكنه يستأنس به في هذا المقام».

(٥) في المخطوط: «وهذا».

(٦) في المخطوط: «التسمية للمهر».

(٧) في المخطوط: «خدمته».

(٨) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٤٩٥)، فتح القدير (٣/ ٣٣٩)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٠٤، ١٠٥)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٢/ ١٤٦)، البناية في شرح الهداية (٤/ ٦٨١، ٦٨٢).

(٩) في المخطوط: «خدمته».

(١٠) مذهب الشافعية: أن كل عين مملوكة، يصح بيعها، أو منفعة متقومة تصح الإجارة عليها، فيصح تسميتها في الصداق، انظر الوسيط في المذهب (٥/ ٢١٥)، روضة الطالبين (٧/ ٣٠٤)، مغني المحتاج (٣/ ٢٢٠)، الغاية القصوى (٢/ ٧٥١)، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٢١١).

وذكر ابنُ سِماعةَ في نوادِرِه أنّه إذا تَزَوّجَها على أنْ يَرْعَى غَنَمَها سَنةً أنّ التّسميةَ صحيحةٌ، ولها رَعيُ غَنَمِها سَنةً، ولَفْظُ روايةِ الأصلِ يَدُلُّ [(١)] على أنّها لا تَصِحُّ في رَعيِ الغنَمِ كما لا تَصِحُّ في الخِدْمةِ؛ لأنّ رَعيَ غَنَمِها خِدْمَتُها، من مشايِخِنا مَنْ جعل في رَعيِ غَنَمِها [(٢)] روايتيْنِ. ومنهم مَنْ قال: يَصِحُّ في رَعيِ الغنَمِ بالإجماعِ، وإنّما الخلافُ في خِدْمَتِه لها، ولا خلافَ في أنّ العبدَ إذا تَزَوّجَ بإذنِ المولى [(٣)] امرأةً على أنْ يخدِمَها سَنةً أنْ تَصِحَّ التّسميةُ ولها المُسَمَّى.

أمَّا الشّافعيُّ فقد مرَّ على أصلِه أنّ كُلَّ ما يجوزُ أخذُ العِوَضِ عنه يَصِحُّ تسميَتُه مَهْرًا، ومَنافِعُ الحُرِّ يجوزُ أخذُ العِوَضِ عنها؛ لأنّ إجارةَ الحُرِّ جائزةٌ بلا خلافٍ فتَصِحُّ تسميَتُها كما تَصِحُّ تسميةُ مَنافِعِ العبدِ.

وأمَّا الكلامُ مع أصحابِنا، فوجه قولِ محمّدٍ أنّ مَنافِعَ الحُرِّ مالٌ؛ لأنّها مالٌ في سائرِ العُقودِ حتّى يجوزَ [٢/ ٢٦ب] أخذُ العِوَضِ عنها فكذا في النّكاحِ، وإذا كانتْ مالاً صَحَّتِ التّسميةُ إلاّ أنّه تَعَذَّرَ التّسليمُ لما في التّسليمِ من استِخدامِ الحُرَّةِ زَوْجَها، وأنّه حَرامٌ لما نذكرُ، فيجبُ الرّجوعُ إلى قيمةِ الخِدْمةِ [(٤)] كما لو تَزَوّجَها على عبدٍ فاستَحَقَّ العبدَ أنّه يجبُ عليه قيمةُ العبدِ؛ لأنّ تسميةَ العبدِ قد صَحَّتْ لكونِه مالاً لكنْ تَعَذَّرَ تسليمُه بالاستحقاقِ فوَجَبَتْ عليه قيمَتُه لا مَهْرُ المثلِ [لما قلنا] [(٥)] كذا هذا.

(**وجه قولِهما**): أنّ المنافِعَ ليستْ بأموالٍ مُتقَوِّمةٍ على أصلِ أصحابِنا، ولِهذا لم تَكُنْ مَضْمونةً بالغصْبِ والإتلافِ، وإنّما يَثْبُتُ لها حكمُ التّقَوُّمِ في سائرِ العُقودِ شرعًا ضرورةً؛ دَفْعًا للحاجةِ بها ولا يُمْكِنُ دَفْعُ الحاجةِ بها ههنا؛ لأنّ الحاجةَ لا تندَفِعُ إلاّ بالتّسليمِ، وأنّه مَمْنوعٌ عنه شرعًا؛ لأنّ استِخدامَ الحُرَّةِ زَوْجَها الحُرَّ حَرامٌ؛ لكونِه استِهانةً وإذلالاً، وهذا لا يجوزُ، ولِهذا لا يجوزُ للابنِ أنْ يستَأجِرَ أباه للخِدْمةِ فلا تسلَمُ خِدْمَتُه لها شرعًا، فلا يُمْكِنُ دَفْعُ الحاجةِ بها فلم يَثْبُتْ لها التّقَوُّمُ فبَقِيَتْ على الأصلِ، فصار كما لو سَمَّى ما لا قيمةَ له كالخمْرِ والخِنْزيرِ، وهناك لا تَصِحُّ التّسميةُ ويجبُ مَهْرُ المثلِ كذا ههنا.

---

(١) في المخطوط: «تدل».
(٢) في المخطوط: «الغنم».
(٣) في المخطوط: «مولاه».
(٤) في المخطوط: «خدمتها».
(٥) ليست في المخطوط.

حتّى لو كان المُسَمَّى فعلاً لا استِهانةَ فيه ولا مَذَلَّةَ على الرّجُلِ، كرَعيِ دَوابِّها وزِراعةِ أرضِها [(١)]، والأعمالُ التي خارِجُ البيتِ تَصِحُّ بالتّسميةِ؛ لأنّ ذلك من بابِ القيامِ بأمرِها لا من بابِ الخِدْمةِ بخلافِ العبدِ؛ لأنّ استِخدامَ زَوْجَتِه إيّاه ليس بحَرامٍ؛ لأنّه عُرْضةٌ للاستِخدامِ والابتِذالِ لكونِه مَملوكًا مُلْحَقًا بالبهائمِ؛ ولأنّ مَبنَى النّكاحِ على الاشتِراكِ في القيامِ بمَصالِحِ المعاشِ فكان لها في خِدْمَتِه حَقٌّ، فإذا جعل خِدْمَتَه لها مَهرَها، فكَأنّه جعل ما هو لها مَهرَها فلم يَجز، كالأبِ إذا استَأجَرَ ابنَه بخِدْمَتِه [(٢)] أنّه لا يجوزُ؛ لأنّ خِدْمةَ الأبِ مُستَحَقّةٌ عليه كذا هذا بخلافِ العبدِ؛ لأنّ خِدْمَتَه خالِصُ مِلْكِ المولى فصَحّتِ التّسميةُ.

ولو تَزَوّجَها على مَنافِعِ سائرِ الأعيانِ من سُكْنَى دارِه وخِدْمةِ عَبيدِه [(٣)] ورُكوبِ دابّتِه والحمْلِ عليها وزِراعةِ أرضِه ونحوِ ذلك من مَنافِعِ الأعيانِ مُدّةً معلومةً صَحّتِ التّسميةُ؛ لأنّ هذه المنافِعَ أموالٌ أو التَحقَتْ [(٤)] بالأموالِ شرعًا في سائرِ العُقودِ لمكانِ [(٥)] الحاجةِ، والحاجةُ في النّكاحِ مُتَحَقِّقةٌ، وإمكانُ الدّفْعِ بالتّسليمِ ثابِتٌ بتسليمِ مَحالِّها إذْ ليس فيه استِخدامُ المرأةِ زَوْجَها فجُعِلَتْ أموالاً والتَحقَتْ [(٦)] بالأعيانِ فصَحّتْ تسميَتُها.

وعلى هذا يخرجُ ما إذا قال: تَزَوّجْتُك على هذا العبدِ فإذا هو حُرٌّ، وجُمْلةُ الكلامِ فيه أنّ الأمرَ لا يخلو [إمّا إن سَمّى ما يصلُحُ مَهْرًا وأشارَ إلى ما لا يصلُحُ مَهْرًا] [(٧)]. وإما إن سَمّى ما لا يصلُحُ مَهْرًا فأشارَ إلى ما يصلُحُ مَهْرًا.

فإنْ سَمّى ما يصلُحُ مَهْرًا وأشارَ إلى ما لا يصلُحُ مَهْرًا بأنْ قال: تَزَوّجْتُكِ على هذا العبدِ فإذا هو حُرٌّ أو على هذه الشّاةِ الذّكيّةِ، فإذا هي مَيْتةٌ أو على هذا الزِّقِّ الخلِّ فإذا هو خَمرٌ، فالتّسميةُ فاسِدةٌ في جميعِ ذلك، ولها مَهرُ المثلِ [(٨)] في قولِ أبي حنيفةَ، وفي قولِ أبي يوسفَ: تَصِحُّ التّسميةُ في الكُلِّ، وعليه في الحُرِّ قيمةُ الحُرِّ لو كان عبدًا، وفي الشّاةِ قيمةُ الشّاةِ لو كانتْ ذَكيّةً، وفي الخمرِ مثلُ ذلك الدّنِّ من خَلٍّ وسَطٍ.

---

(١) في المخطوط: «أراضيها».
(٢) في المخطوط: «لخدمته».
(٣) في المخطوط: «عبده».
(٤) في المخطوط: «أُلحقت».
(٥) في المخطوط: «ولمكان».
(٦) في المخطوط: «وأُلحقت».
(٧) ليست في المخطوط.
(٨) في المخطوط: «مثلها».

ومحمّدٌ فرَّقَ فقال: مثلَ قولِ أبي حنيفةَ في الحُرِّ والميْتةِ، ومثلَ قولِ أبي يوسفَ في الخمْرِ.

(وجه قولِ أبي يوسفَ): أنّ المُسَمَّى مالٌ؛ لأنّ المُسَمَّى هو العبدُ والشّاةُ الذَّكيّةُ والخلُّ، وكُلُّ ذلك مالٌ فصَحَّتِ التّسميةُ إلاَّ أنّه إذا ظهر أنّ المُشارَ إليه خلافَ جِنْسِ المُسَمَّى في صلاحيّةِ المهْرِ تَعَذَّرَ التّسليمُ فتجبُ القيمةُ في الحُرِّ والشّاةِ؛ لأنّهما ليسا من المثليّاتِ، وفي الخمْرِ يجبُ مثلُه [1] خلًّا؛ لأنّه [2] مثليٌّ كما لو هَلَكَ المُسَمَّى أو استُحِقَّ.

(وجه قولِ محمّدٍ في الفرقِ): أنّ الإشارةَ مع التّسميةِ إذا اجتمعتا في العُقودِ، فإنْ كان المُشارُ إليه من جِنْسِ المُسَمَّى يتعَلَّقُ العقدُ بالمُشارِ إليه، وإنْ كان من خلافِ جِنْسِه يتعَلَّقُ العقدُ بالمُسَمَّى هذا أصلٌ مُجمَعٌ عليه في البيْعِ على ما نذكرُ [3] في البُيوعِ، والحُرُّ من جِنْسِ العبدِ لاتِّحادِ جِنْسِ المنْفَعةِ.

وكذا الشّاةُ الميْتةُ من جِنْسِ الشّاةِ الذَّكيّةِ فكانتِ العِبْرةُ للإشارةِ والتَحقَتِ التّسميةُ بالعدَمِ، والمُشارُ إليه لا يصلُحُ مَهْرًا فصار كأنّه اقتصَرَ على الإشارةِ ولم يُسَمِّ بأنْ قال: تَزَوّجْتُكِ على هذا وسَكَتَ فأمّا الخلُّ مع الخمْرِ فجِنْسانِ مختلِفانِ؛ لاختِلافِ جِنْسِ المنْفَعةِ فتعَلَّقَ العقدُ بالمُسَمَّى لكنْ تَعَذَّرَ تسليمُه وهو مثليٌّ فيجبُ مثلُه خلًّا.

(ولأبي حنيفةَ): أنّ الإشارةَ والتّسميةَ كُلُّ واحدة منهما وُضِعَتْ للتَّعريفِ إلاَّ أنّ الإشارةَ [٢/ ٢٧ب] أبلَغُ في التّعريفِ؛ لأنّها تُحضِرُ العيْنَ وتقطَعُ الشّرِكةَ، والتّسميةُ لا توجِبُ إحضارَ العيْنِ ولا (تقطَعُ الشّرِكةَ) [4] فسَقَطَ اعتِبارُ التّسميةِ عندَ الإشارةِ وبَقيَتِ [5] الإشارةُ، والمُشارُ إليه لا يصلُحُ مَهْرًا؛ لأنّه ليس بمالٍ فيجبُ مَهْرُ المثلِ كما لو أشارَ إلى الميْتةِ والدّمِ والخمْرِ والخِنْزيرِ ولم يُسَمِّ.

وحقيقةُ الفقه لأبي حنيفةَ أنّ هذا حُرٌّ سَمّى عبدًا، وتسميةُ الحُرِّ عبدًا باطِلٌ؛ لأنّه كذِبٌ فالتَحقَتِ التّسميةُ بالعدَمِ وبَقيَتِ الإشارةُ، والمُشارُ إليه لا يصلُحُ مَهْرًا؛ لأنّه ليس بمالٍ فالتَحقَتِ الإشارةُ بالعدَمِ أيضًا فصار كأنّه تَزَوّجَها، ولم يُسَمِّ لها مَهْرًا، وهذا فقهٌ واضِحٌ

---

(١) في المخطوط: «مثلها».

(٢) في المخطوط: «لأنها».

(٣) في المخطوط: «نذكره».

(٤) في المخطوط: «قطعُ شَرِكَةٍ».

(٥) في المخطوط: «فبقيت».

بحَمْدِ اللَّه تعالى هذا إذا سَمَّى ما يصلُحُ مَهْرًا، وأشارَ إلى ما لا يصلُحُ مَهْرًا فأمَّا إذا سَمَّى ما لا يصلُحُ مَهْرًا، وأشارَ إلى ما يصلُحُ مَهْرًا بأنْ قال: تَزَوّجْتُك على هذا الحُرِّ فإذا هو عبدٌ أو على هذه الميْتةِ، فإذا هي ذَكيّةٌ أو على هذا [الدّنّ] [1] الخمْرِ، فإذا هو خَلٌّ، فقد رَوَى أبو يوسفَ عن أبي حنيفةَ أنّ التّسمية فاسِدةٌ ولها المُشارُ إليه. ورَوَى محمّدٌ عنه أنّ لها مَهْرَ المثلِ.

وروايةُ أبي يوسفَ أصَحُّ الرِّوايتيْنِ؛ لأنّ الأصلَ عندَ أبي حنيفةَ أنّ التّسميةَ لا حكمَ لها مع الإشارةِ في بابِ النّكاحِ فكانتِ العِبْرةُ للإشارةِ، والمُشارُ إليه يصلُحُ مَهْرًا؛ لأنّه مالٌ فكان لها المُشارُ إليه.

(وجه ما رَوَى محمّدٌ عنه): أنّه لَمَّا سَمَّى ما لا يصلُحُ مَهْرًا، وأشارَ إلى ما يصلُحُ مَهْرًا فقد هَزَلَ بالتّسميةِ، والهازِلُ لا يتعلَّقُ بتسميَتِه حكمٌ فبطَلَ كلامُه رأسًا، ولو تَزَوّجَها على هذا الدّنِّ الخمْرِ، وقيمةُ الظّرْفِ عشرةُ دَراهِمَ فصاعِدًا رَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ في هذه المسألةِ روايتيْنِ رُوِيَ عنه أنّ لها الدّنّ لا غيرَ. ورُوِيَ عنه أيضًا أنّ لها مَهْرَ المثلِ.

(وجه الروايةِ الأولى): أنّه سَمَّى ما يصلُحُ مَهْرًا - وهو الظّرْفُ - وما لا يصلُحُ مَهْرًا وهو الخمْرُ فيلغو ما لا يصلُحُ [ويصير ما يصلح] [2] مَهْرًا كما لو تَزَوّجَها على الخلِّ والخمْرِ، وقيمةُ الخلِّ عشرةٌ أنّه يكونُ لها الخلُّ لا غيرَ؛ لما قلنا كذا هذا.

(وجه الروايةِ الأخرى): أنّ الظّرْفَ لا يُقْصَدُ بالعقدِ عادةً بل هو تابعٌ، وإنّما المقصُودُ هو المظْروفُ فإذا بَطَلَتِ التّسميةُ في المقصُودِ تَبْطُلُ فيما هو تَبَعٌ له، واللهُ أعلَمُ.

ولو تَزَوّجَها على هَذَيْنِ العبدَيْنِ فإذا أحدُهما حُرٌّ فليس لها إلاَّ العبدُ الباقي إذا كانتْ قيمَتُه عشرةَ دَراهِمَ في قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله.

وقال أبو يوسفَ: لها العبدُ وقيمةُ الحُرِّ لو كان عبدًا.

وقال محمّدٌ: يُنْظَرُ إلى العبدِ إنْ بَلَغَتْ قيمَتُه مَهْرَ مثلِها فليس لها إلاَّ العبدُ، وإنْ كانتْ قيمَتُه أقَلَّ من مَهْرِ مثلِها تَبْلُغُ إلى ثَمَنِ [3] مَهْرِ مثلِها، وهو قولُ زُفر، وهذا بناءً على الأُصُولِ التي ذكرناها لهم.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «تمام».

فمن أصلِ أبي يوسفَ أنّ جَعلَ الحُرِّ مَهْرًا صحيحٌ إذا سَمَّى عبدًا، ويتعَلَّقُ بقيمَتِه أنْ لو كان عبدًا فيتعَلَّقُ العقدُ بالمُسَمَّيَيْنِ جميعًا بقدرِ ما يحتَمِلُ كُلُّ واحِدٍ منهما التّعليقَ به، فيتعَلَّقُ بالعبدِ بعَيْنِه؛ لأنّه مُمْكِنٌ ويتعَلَّقُ بالحُرِّ بقيمَتِه لو كان عبدًا؛ لأنّه لا يحتَمِلُ التّعليقَ بعَيْنِه.

ومن أصلِ محمّدٍ أنّ المُشارَ إليه إذا كان من جِنْسِ المُسَمَّى، فالعقدُ يتعَلَّقُ بالمُشارِ إليه، والحُرُّ من جِنْسِ العبدِ لاتِّحادِ جِنْسِ المنْفَعةِ فيتعَلَّقُ العقدُ بهما إلاَّ أنّه لا سبيلَ إلى الجمعِ بين المُسَمَّى وبين مَهْرِ المثلِ، فيجبُ مَهْرُ المثلِ.

ألا ترى [أنّه] [1] لو كانا حُرَّيْنِ يجبُ مَهْرُ المثلِ عندَه؟ ومتى وجب مَهْرُ المثلِ امتَنَعَ وُجوبُ المُسَمَّى.

ولأبي حنيفةَ أصلانِ:

أحدُهما: ما ذكرنا أنّ الحُرَّ إذا جُعِلَ مَهْرًا وسُمِّيَ عبدًا لا يتعَلَّقُ بتسميَتِه شيءٌ، وجُعِلَ ذِكْرُه والعدَمُ بمنزِلةٍ واحِدةٍ.

والثاني: أنّ العقدَ إذا أُضيفَ إلى ما لا يصلُحُ يلغو ما لا يصلُحُ ويستقرُّ ما يصلُحُ، كمَنْ جَمع بين امرأةٍ تَحِلُّ له وامرأةٍ لا تَحِلُّ له وتَزَوّجَهما في عُقْدةٍ واحِدةٍ بمُسَمًّى يجبُ كُلُّ المُسَمَّى بمُقابَلةِ الحلالِ، وانعِقادُ [2] نِكاحِها صحيحًا [3] للعَقْدِ، والتّسميةُ بقدرِ الإمكانِ، وتقريرًا للعَقْدِ فيما أمكَنَ تقريرُه وإلغاؤُه فيما لا يُمْكِنُ تَصْحيحُه فيه، والعبدُ هو الصّالِحُ لكونِه مَهْرًا فصَحَّتْ تسميَتُه، ويَصيرُ مَهْرًا لها [4] إذا بَلَغَتْ قيمَتُه عشرةً فصاعِدًا.

وعلى هذا الخلافِ إذا تَزَوّجَها على بيتٍ وخادِمٍ - والخادِمُ حُرٌّ - ولو تَزَوّجَها على هَذَيْنِ الدّنّيْنِ من الخلِّ فإذا أحدُهما خَمْرٌ لها الباقي لا غيرَ في قولِ أبي حنيفةَ إذا كان يُساوِي عشرةَ دَراهِمَ كما في العبدَيْنِ، وعندَهما لها الباقي ومثلُ هذا الدّنِّ من الخلِّ، وقد ذكرنا الأصلَ.

ولو سَمَّى مالاً وضَمَّ إليه ما ليس بمالٍ لكنْ لها فيه مَنْفَعةٌ مثلُ [5] طَلاقِ امرأةٍ أُخرى

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «وانعقد».

(٣) في المخطوط: «تصحيحًا».

(٤) في المخطوط: «لهذا».

(٥) في المخطوط: «نحو».

وإمساكِها في بَلَدِها أو العفوِ [٢/ ٢٨أ] عن القِصاصِ، فإنْ وفَّى بالمنْفَعةِ فليس لها إلاَّ ما سَمَّى إذا كان [يُساوِي] (١) عشرةً فصاعِدًا؛ لأنّه سَمَّى ما يصلُحُ مَهْرًا بنفسِه وشَرَطَ لها مَنْفَعةً، وقد وفَّى بما شَرَطَ لها فصَحَّتِ التّسميةُ وصارتِ العشرةُ مَهْرًا، وإنْ لم يَفِ بالمنْفَعةِ فلَها مَهْرُ مثلِها، ثمّ يُنْظَرُ إنْ كان ما سَمَّى لها من المالِ مثلَ مَهْرِ مثلِها أو أكثرَ فلا شيءَ لها إلاَّ ذلك، وإنْ كان ما سَمَّى لها أقَلَّ من مَهْرِ مثلِها تَمَّمَ لها مَهْرَ مثلِها عندَنا.

وقال زُفَر: إنْ كان المضمومُ مالاً كما إذا شَرَطَ أنْ يَهْدِيَ لها هَدِيّةً فلم يَفِ لها (٢) تَمَّمَ لها مَهْرَ المثلِ، وإنْ كان غيرَ مالٍ كطَلاقِ امرأةٍ أُخرى أو أنْ لا يُخرِجَها من بَلَدِها فليس لها إلاَّ ما سَمَّى.

(وجه قولِ زُفر): أنّ ما ليس بمالٍ لا يُتقَوّمُ فلا يكونُ فواتُه مَضْمونًا بعِوَضٍ، وما هو مالٌ يُتقَوّمُ، فإذا لم يُسَلَّم لها، جاز لها الرّجوعُ إلى تَمامِ العِوَضِ.

(ولَنا): أنَّ الموجِبَ الأصليّ في هذا البابِ هو مَهْرُ المثلِ، فلا يُعدَلُ عنه إلاَّ عندَ استحكامِ التّسميةِ فإذا وفَّى بالمنْفَعةِ فقد تقَرَّرَتِ التّسميةُ فوجَبَ المُسَمَّى، وإذا لم يَفِ بها لم تَتقَرَّرْ؛ لأنّها ما رَضِيَتْ بالمُسَمَّى من المالِ عِوَضًا بنفسِه، بل بمَنْفَعةٍ أُخرى مَضْمومةٍ إليه، وهي مَنْفَعةٌ [أُخرى] (٣) مرغوبٌ فيها خلالَ الاستيفاءِ شرعًا فإذا لم يُسَلَّم (٤) لها، تَتقَرَّرُ التّسميةُ فبَقيَ حَقُّها في العِوَضِ الأصليّ، وهو مَهْرُ المثلِ، فإنْ كان أقَلَّ من ما يسمى لها من المال بمثل مَهْرِ مثلِها أو أكثرَ فليس لها إلاَّ ذلك؛ لأنّه وصل إليها قدرُ حَقِّها، وإنْ كان أقَلَّ من مَهْرِ مثلِها يُكَمَّلُ لها مَهْرُ مثلِها أيضًا لا (إلى الحقّ) (٥) المُستَحَقِّ فُرِّقَ بين هذا وبين ما إذا تَزَوّجَها على مَهْرٍ صحيحٍ وأرطالٍ من خَمْرٍ أنّ المهْرَ ما يُسَمَّى لها إذا كان عشرةً فصاعِدًا، ويَبْطُلُ الحرامُ، وليس لها تَمامُ مَهْرِ مثلِها [أو أكثرُ فليس لها إلاَّ ذلك؛ لأنّه وصل إليها قدرُ حَقِّها، وإنْ كان أقَلَّ من مَهْرِ مثلِها يُكَمَّلُ لها مَهْرُ مثلِها أيضًا] (٦)؛ لأنّ تسميةَ الخَمْرِ لم تَصِحَّ في حَقِّ الانتِفاعِ بها في حَقِّ المسلمِ إذْ لا مَنْفَعةَ للمسلمِ فيها لحُرْمةِ الانتِفاعِ بها في حَقِّ المسلمِ؛ فلا يجوزُ أنْ يجبَ بفَواتِها عِوَضٌ، فالتَحقَتْ تسميَتُها بالعدَمِ

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «بها».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «تسلم».
(٥) في المخطوط: «للحق».
(٦) ليست في المخطوط.

وصار كأنّه لم يُسَمِّ إلاَّ المهْرَ الصّحيحَ فلا يجبُ لها إلاَّ المهْرُ الصّحيحُ بخلافِ المسألةِ الأولى. وعلى هذا يخرجُ ما إذا أعتقَ أمَتَه على أنْ تُزوِّجَ نفسَها منه، فقبِلَتْ عُتِقَتْ؛ لأنّه أعتقَها بعِوَضٍ فيزولُ مِلْكُه بقَبولِ العِوَضِ، كما لو باعَها، وكما إذا قال لها: أنْتِ حُرَّةٌ على ألفِ دِرْهَمٍ، بخلافِ ما إذا قال لعبدِه: إنْ أدّيْت إلَيّ ألفًا فأنْتَ حُرٌّ، أنّه لا يَعتِقُ بالقبولِ ما لم يُؤدِّ؛ لأنّ ذلك ليس بمُعاوَضةٍ بل هو تَعليقٌ، وهو تَعليقُ الحُرّيّةِ بشرطِ الأداءِ إليه [كما لم يوجد الأداء إلية لا] [(١)] يوجَدِ الشّرطُ.

ثمّ إذا أعتقَتْ بالقبولِ فبعدَ ذلك لا يخلو إمّا أنْ زَوّجَتْ نفسَها منه، وإمّا أنْ أبَتِ التّزْوِيجَ فإنْ زَوّجَتْ نفسَها منه يُنْظَرُ إنْ كان قد سَمّى لها مَهْرًا آخرَ [و] [(٢)]هو مالٌ سِوَى الإعتاقِ، فلَها المُسَمَّى إذا كان عشرةَ دَراهِمَ فصاعِدًا.

وإنْ كان دونَ العشرةِ تُكَمَّلُ [(٣)] عشرةً، وإنْ كان لم يُسَمِّ لها سِوَى الإعتاقِ فلَها مَهْرُ مثلِها في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ. وقال أبو يوسفَ: صَداقُها إعتاقُها [(٤)] ليس لها غيرُ ذلك.

(وجه قولِه): أنّ العِتْقَ بمعنى المالِ، وبِدليلِ أنّه يجوزُ أخذُ العِوَضِ عنه بأنْ أعتقَ عبده على مالٍ فجاز أنْ يكونَ مَهْرًا.

ولهما أنّ العِتْقَ ليس بمالٍ حقيقةً؛ لأنّ الإعتاقَ إبطالُ المالِكيّةِ [(٥)] فكيفَ يكونُ العِتْقُ مالاً؟ إلاَّ أنّه يجوزُ أخذُ عِوَضٍ هو مالٌ عنه، وهذا لا يَدُلُّ على كونِه مالاً بنفسِه.

ألا ترى أنّ الطّلاقَ ليس بمالٍ ولا يجوزُ أخذُ العِوَضِ عنه، وكذا القِصاصُ [ليس بمالٍ] [(٦)] وأخذُ البدلِ عنه جائزٌ، ونفسُ الحُرِّ ليستْ بمالٍ، وإنْ أبَتْ أنْ تُزَوِّجَ نفسَها منه لا تُجْبَرُ على ذلك؛ لأنّها حُرَّةٌ مَلَكَتْ نفسَها فلا تُجْبَرُ على النّكاحِ لكنّها تسعَى في قيمَتِها للمولى عندَ أصحابِنا الثّلاثةِ. وقال زُفَرُ: لا سِعايةَ عليها.

(وجه قولِه): أنّ السِّعايةَ إنّما تجبُ لتخليصِ الرّقَبةِ، وهذه حُرَّةٌ خالِصةٌ فلا تَلْزَمُها السِّعايةُ.

---

(١) في المطبوع: «ولم».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «يُكمل».
(٤) في المخطوط: «عتاقها».
(٥) في المخطوط: «المالية».
(٦) زيادة من المخطوط.

(ولَنَا): أنّ المولى ما رَضيَ بزَوالِ مِلْكِه عن رَقَبَتِها لا بنَفْعٍ يُقابِلُه وهو تَزْوِيجُ نفسِها منه، وهذه مَنْفَعةٌ مرغوبٌ فيها وقد تَعَذَّرَ عليه استيفاءُ هذه المنْفَعةِ بمعنًى من جِهَتِها - وهو إباؤُها - فيُقامُ بَدَلُ قيمَتِها مَقامها؛ دَفْعًا للضَّرَرِ عنه.

وأمَّا قولُه: (السِّعايةُ إنّما تجبُ لفِكاكِ الرّقَبةِ وتخليصِها وهي حُرَّةٌ خالِصةٌ) فنقول: السِّعايةُ قد تكونُ لتخليصِ الرّقَبةِ، وهذا المُستسعَى يكونُ في حكمِ المُكاتَبِ على أصلِ أبي حنيفةَ، وقد تكونُ لحَقٍّ في الرّقَبةِ لا لفِكاكِ الرّقَبةِ كالعبدِ المرهونِ إذا أعتقَه الرّاهِنُ وهو مُعسِرٌ وكما إذا قال لعبدِه: أنْتَ حُرٌّ على قيمةِ رَقَبَتِك فقَبِلَ حتّى عَتقَ، كذا هذا.

ولو تَزَوّجَ امرأةً على عِتْقِ أبيها أو ذي [1] رَحِمٍ محرَمٍ منها أو على عِتْقِ عبدٍ أجنَبيٍّ عنها، فهذا لا يخلو إمَّا أنْ ذكر فيه كلِمةَ عنها بأنْ قال [٢/ ٢٨ب]: أتزَوّجُك على عِتْقِ أبيك عنك، أو على عِتْقِ هذا العبدِ عنك، وأشارَ إلى عبدٍ أجنَبيٍّ عنها.

وإمَّا أنْ لم يذكرْ فإنْ لم يذكرْ وقَبِلَتْ عَتقَ العبدُ، والوَلاءُ للزّوْجِ لا لها؛ لأنّ المُعتِقَ هو الزّوْجُ «والوَلاءُ لمَنْ أعتقَ» [2] على لسانِ رسولِ اللّه ﷺ ولها مَهْرُ مثلِها إنْ لم يكنْ سَمَّى لها مَهْرًا آخَرَ هو مالٌ، وإنْ كان قد سَمَّى فلَها المُسَمَّى؛ لأنّه عَلّقَ العِتْقَ بقَبولِها النّكاحَ فإذا قَبِلَتْ عَتقَ، والعبدُ لا يصلُحُ مَهْرًا؛ لأنّه ليس بمالٍ، فإنْ كان هناك مالٌ مُسَمًّى وجب ذلك؛ لأنّه صَحَّتْ تسميَتُه مَهْرًا فوَجَبَ المُسَمَّى، وإنْ لم يكنْ فتسميَتُه العِتْقَ مَهْرًا لم يَصِحَّ؛ لأنّه ليس بمالٍ فيجبُ مَهْرُ المثلِ.

هذا إذا لم يذكرْ عنها. فأمَّا إذا ذُكِر فقَبِلَتْ، عَتقَ العبدُ عنها، وثبت الوَلاءُ لها، وصار ذلك مَهْرًا؛ لأنّه لَمَّا ذكر العِتْقَ عنها ولا يكونُ العِتْقُ عنها إلاّ بعدَ سَبْقِ المِلْكِ لها فمَلَكَتْه أوّلاً ثمّ عَتقَ عنها كمَنْ قال لآخَرَ: أعتِقْ عبدك عَنّي عن كفّارةِ يميني على ألفِ دِرْهَمٍ، يجوزُ ويَقَعُ العِتْقُ عن الآخَرِ، وحالَ ما مَلَكَتْه كان مالاً فصَلُحَ أنْ يكونَ مَهْرًا.

وهذا إذا تَزَوّجَها على العِتْقِ، فأمَّا إذا تَزَوّجَها على الإعتاقِ بأنْ تَزَوّجَها على أنْ يُعتِقَ هذا العبدَ فهذا أيضًا لا يخلو من أحدِ وجهينِ: إمَّا أنْ ذكر فيه «عنها»، وإمَّا أنْ لم يذكرْ، فإنْ لم يذكرْ فقَبِلَتْ صَحَّ النّكاحُ، ولا يَعتِقُ العبد ههنا بقَبولِها؛ لأنّه وعَدَ أنْ يُعتِقَ، والعِتْقُ

---

(١) في المخطوط: «ذوي».

(٢) سبق تخريجه.

لا يَثْبُتُ بوَعدِ الإعتاقِ، وإنّما يَثْبُتُ بالإعتاقِ فما لم يُعتِقْ لا يَعتِقْ بخلافِ الفصلِ الأوّلِ؛ لأنّ الزّواجَ [١] هناك كان على العِتْقِ.

لا على الإعتاقِ ثمّ إذا أعتقَه فعَتقَ [فلا يخلو إمّا أنْ ذكر كلِمةَ «عنها» أو لم يذكرْ فإنْ كان لم يذكرْ] [٢] ثبت الوَلاءُ منه لا منها؛ لأنّ الإعتاقَ منه لا منها، والوَلاءُ للمُعتِقِ ولها مَهْرُ مثلِها إنْ لم يكنْ هناك مَهْرٌ آخرُ مُسَمًّى وهو مالٌ، وإنْ كان، فلَها ذلك المُسَمَّى؛ لأنّ الإعتاقَ ليس بمالٍ، بل هو إبطالُ الماليّةِ، سَواءٌ كان العبدُ أجنَبيًّا أو ذا رَحِمٍ محرَمٍ منها، [وإنْ ذكر كلِمةَ «عنها» ثبت الوَلاءُ منها؛ لأنّ الإعتاقَ منها لأنّه أعتقَ عنها، ويَصيرُ العبدُ مِلْكًا لها بمُقْتَضَى الإعتاقِ.

ثمّ إنْ كان ذا رَحِمٍ محرَمٍ منها عَتقَ عليها كما مَلَكَتْه فتَمْلِكُه فيَعتِقُ عليها] [٣]، (وإنْ كان أجنَبيًّا يَصيرُ الزّوْجُ وكيلًا عنها في الإعتاقِ.

ومنها) [٤] إذا أعتقَ كما وعَدَ فإنْ أبَى لا يُجْبَرُ على ذلك؛ لأنّه حُرٌّ مالِكٌ إلاّ أنّه يُنْظَرُ إنْ لم يكنْ ثَمّةَ [٥] مُسَمًّى هو مالٌ فلَها مَهْرُ مثلِها؛ لما ذكرنا أنّ تسميةَ الإعتاقِ مَهْرًا لم يَصِحَّ [٦] ولم يوجَدْ تسميةُ شيءٍ آخَرَ هو مالٌ فتَعَيّنَ مَهْرُ المثلِ موجبًا.

وإنْ كان قد سَمَّى لها شيئًا آخَرَ هو مالٌ، فإنْ كان المُسَمَّى مثلَ مَهْرِ المثلِ أو أكثرَ فلَها ذلك المُسَمَّى؛ لأنّ الزّوْجَ رَضيَ بالزّيادةِ، وإنْ كان أقَلَّ من مَهْرِ مثلِها، فإنْ كان العبدُ أجنَبيًّا فلَها ذلك المُسَمَّى لا غيرَ؛ لأنّه شَرَطَ لها شرطًا لا مَنْفَعةَ لها فيه فلا يكونُ غارًّا لها بتركِ الوَفاءِ بما شَرَطَ لها، وإنْ كان ذا رَحِمٍ محرَمٍ منها يَبْلُغُ به تَمامَ مَهْرِ مثلِها؛ لأنّها إنّما رَضيَتْ بدونِ مَهْرِ مثلِها [المنفعة شرط لها وهو عتق ذي رحم محرَم منها فإذا لم يَفِ لها] [٧] بما شَرَطَ و لم تكُنْ راضيةً فصار غارًّا لها.

وهذا إذا لم يَقُلْ: عنها، فأمّا إذا قال ذلك بأنْ تزَوّجَها على أنْ يُعتِقَ هذا العبدَ عنها، فقَبِلَتْ صَحَّ النّكاحُ، وصار العبدُ مِلْكًا، ثمّ إنْ كان [٨] ذا رَحِمٍ محرَمٍ منها عَتقَ عليها؛

---

(١) في المخطوط: «التزوج».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «لأن الزوج أجنبي عن العبد هذا».
(٥) في المخطوط: «ثَمّ».
(٦) في المخطوط: «تصح».
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) زاد في المخطوط: «العبد».

لأنّها مَلَكَتْ ذا رَحِمٍ محرَمٍ منها وكان ذلك مَهْرًا لها؛ لأنّها تَمْلِكُه ثمّ يَعتِقُ عليها، وإنْ كان أجنبيًّا يكونُ الزَّوْجُ وكيلاً عنها بالإعتاقِ، فإنْ أعتقَ قبلَ العزْلِ فقد وقَعَ العِتْقُ عنها، وإنْ عَزَلَتْه في [١] ذلك صَحَّ العزْلُ واللهُ أعلَمُ.

فصل [في حكم جهالة المهر]

ومنها: أنْ لا يكونَ مجهولاً جَهالةً تَزيدُ على جَهالةِ مَهْرِ المثلِ. وجُمْلةُ الكلامِ فيه أنّ المهْرَ في الأصلِ لا يخلو إمّا أنْ يكونَ مُعَيّنًا مُشارًا إليه، وإمّا أنْ يكونَ [٢] مُسَمًّى غيرَ مُعَيّنٍ مُشارًا إليه، فإنْ كان مُعَيّنًا مُشارًا إليه صَحّتْ تسميتُه، سَواءٌ كان مِمّا يتعَيّنُ بالتّعيينِ في عُقودِ المُعاوَضاتِ من العُروضِ والعقارِ والحيَوانِ وسائرِ المكيلاتِ والموزوناتِ سِوَى الدّراهِمِ والدّنانيرِ أو كان مِمّا لا يتعَيّنُ بالتّعيينِ في عُقودِ المُعاوَضاتِ كالدّراهِمِ [والدنانير] [٣]؛ لأنّه مالٌ [معلوم] [٤] لا جَهالةَ فيه إلاّ أنّه إنْ كان مِمّا يتعَيّنُ بالتّعيينِ، ليس للزّوْجِ أنْ يحبِسَ العيْنَ ويدفَعَ غيرَها من غيرِ رِضا المرأةِ؛ لأنّ المُشارَ إليه قد تَعَيّنَ للعَقْدِ فتَعَلّقَ حَقُّها بالعيْنِ فوَجَبَ عليه تسليمُ عَيْنِه.

وإنْ كان مِمّا لا يتعَيّنُ له أنْ يحبِسَه ويدفَعَ مثلَه جِنْسًا ونوعًا وقدرًا وصِفةً؛ لأنّ التّعيينَ إذا لم يَصِحّ صار مَجازًا عِوَضًا من الجِنْسِ والنّوْعِ والقدرِ والصِّفةِ، وإنْ كان تِبْرًا مجهولاً أو نُقْرةَ ذَهَبًا أو فِضّةً يُجْبَرُ على تسليمِ عَيْنِه [في روايةٍ؛ لأنّه يتعَيّنُ بالتّعيينِ كالعُروضِ ولا يُجْبَرُ في روايةٍ؛] [٥] لأنّه لا يتعَيّنُ بالتّعيينِ كالمضْروبِ.

وإنْ كان المُسَمّى غيرَ مُعَيّنٍ [٦] فالمُسَمّى لا يخلو إمّا أنْ يكونَ مجهولَ الجِنْسِ (والنّوْعِ والقدرِ والصِّفةِ) [٧]، وإمّا أنْ يكونَ معلومَ الجِنْسِ والنّوْعِ والقدرِ والصِّفةِ، فإنْ كان مجهولاً [٨] كالحيَوانِ والدّابّةِ والثّوبِ والدّارِ [٢/ ٢٩أ] بأنْ تَزَوّجَ امرأةً على حيوانٍ أو دابّةٍ أو ثَوْبٍ أو دارٍ ولم يُعَيّنْ لم تَصِحّ التّسميةُ.

---

(١) في المخطوط: «عن».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) زيادة من المخطوط.
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المطبوع: «عين».
(٧) في المخطوط: «وإما أن يكون معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة».
(٨) زاد في المخطوط: «الجنس».

وللمرأةِ مَهْرُ مثلِها بالِغًا ما بَلَغَ؛ لأنّ جَهالةَ الجِنْسِ [١] مُتفاحِشةٌ لأنّ الحيَوانَ اسمُ جِنْسٍ تحته أنواعٌ مختلِفةٌ، وتحت كُلِّ نوعٍ أشخاصٌ مختلِفةٌ.

وكذا الدّابّةُ وكذا الثّوبُ؛ لأنّ اسمَ الثّوبِ يَقَعُ على ثَوْبِ القُطْنِ والكتّانِ والحريرِ والخزِّ والبزِّ، وتحت كُلِّ واحِدٍ من ذلك أنواعٌ كثيرةٌ مختلِفةٌ. وكذا الدّارُ؛ لأنّها تختَلِفُ في الصِّغَرِ والكِبَرِ والهيْئةِ والتّقْطيعِ، وتختَلِفُ قيمَتُها باختِلافِ البِلادِ والمحالِّ والسِّكَكِ اختِلافًا فاحِشًا فتفاحَشَتِ الجهالةُ فالتَحقَتْ بجَهالةِ الجِنْسِ.

والأصلُ أنّ جَهالةَ العِوَضِ [٢] تَمْنَعُ صِحّةَ تسميَتِه كما في البيْعِ والإجارةِ لكونِها مُفْضيةً إلى المُنازَعةِ وإلاّ أنّه يُتَحَمَّلُ ضَرْبٌ من الجهالةِ في المهْرِ بالإجماعِ، فإنّ مَهْرَ المثْلِ قد يجبُ في النّكاحِ الصّحيحِ.

ومعلومٌ أنّ مَهْرَ المثلِ مجهولٌ ضَرْبًا من الجهالةِ فكُلُّ جَهالةٍ في المُسَمَّى مَهْرًا مثلُ جَهالةِ مَهْرِ المثلِ أو أقَلُّ من ذلك يتحَمَّلُ ولا يمنَعُ صِحّةَ التّسميةِ استدلالاً بمَهْرِ المثلِ، وكُلُّ جَهالةٍ تَزيدُ على جَهالةِ مَهْرِ المثلِ يبقى الأمرُ فيها على الأصلِ فيمنَعُ صِحّةَ التّسميةِ كما في سائرِ الأعواضِ.

إذا ثبت هذا فنقول: لا شَكَّ أنّ جَهالةَ الحيَوانِ والدّابّةِ والثّوبِ والدّارِ أكثرُ من جَهالةِ مَهْرِ المثلِ؛ لأنّ بعدَ اعتبارِ تَساوِي المرأتَيْنِ في المالِ والجمالِ والسِّنِّ والعقلِ والدِّينِ والبلَدِ والعِفّةِ يَقِلُّ التّفاوُتُ بينهما فتقِلُّ الجهالةُ.

فأمّا جَهالةُ الجِنْسِ والنّوْعِ فجَهالةٌ مُتفاحِشةٌ [٣] فكانتْ أكثرَ جَهالةً من مَهْرِ المثلِ فتَمْنَعُ صِحّةَ التّسميةِ. وإنْ كان المُسَمَّى معلومَ الجِنْسِ والنّوْعِ مجهولَ الصِّفةِ [والقدرِ] [٤] كما إذا تَزَوّجَها على عبدٍ أو أمةٍ أو فرَسٍ أو جَمَلٍ أو حِمارٍ أو ثَوْبٍ مرويٍّ أو هَرَوِيٍّ صَحَّتِ التّسميةُ، ولها الوَسَطُ من ذلك، ولِلزّوْجِ الخيارُ إنْ شاء أعطاها الوَسَطَ وإنْ شاء أعطاها قيمَتَه، وهذا عندَنا [٥].

---

(١) زاد في المخطوط: «جهالة».
(٢) في المخطوط: «العروض».
(٣) في المخطوط: «فاحشة».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٥/ ٧٩)، فتح القدير (٣/ ٣٥٥، ٣٥٦)، البناية في شرح الهداية (٤/ ٦٩٥، ٦٩٦)، حاشية ابن عابدين (٣/ ١٠٩، ١٢٧)، الهداية (٢/ ٤٩٩).

وقال الشّافعيُّ: لا تَصِحُّ التّسميةُ (١).

(وجه قولِه): أنّ المُسمَّى مجهولُ الوَصْفِ فلا تَصِحُّ تسميَتُه كما في [باب] (٢) البيْعِ وهذا لأنّ جَهالةَ الوَصْفِ تُفْضي إلى المُنازَعةِ كجَهالةِ الجِنْسِ ثمّ جَهالةُ الجِنْسِ تَمْنَعُ صِحَّةَ التّسميةِ، فكذا جَهالةُ الوَصْفِ.

(ولَنَا): أنّ النّكاحَ مُعاوَضةُ المالِ بما ليس بمالٍ، والحيَوانُ الذي هو معلومُ الجِنْسِ والنّوْعِ مجهولُ الصِّفةِ يجوزُ أنْ يَثْبُتَ دَيْنًا في الذِّمّةِ بَدَلاً عمّا ليس بمالٍ كما في الذِّمّةِ، قال النّبيُّ ﷺ: «في النّفسِ المُؤمِنةِ مِائةٌ من الإبِلِ» (٣) والبُضْعُ ليس بمالٍ فجاز أنْ يَثْبُتَ الحيَوانُ دَيْنًا في الذِّمّةِ بَدَلاً عنه، ولأنّ جَهالةَ الوَسَطِ من هذه الأصنافِ مثلُ جَهالةِ مَهْرِ المثلِ أو أقَلُّ فتلك الجهالةُ لَمّا لم تَمْنع صِحّةَ (تسميةِ البدلِ) (٤) فكذا هذه إلاّ أنّه لا تَصِحُّ تسميَتُه ثَمَنًا في البيْعِ؛ لأنّ البيْعَ لا يحتَمِلُ جَهالةَ البدلِ أصلاً قَلّتْ أو كثُرَتْ، والنّكاحُ يحتَمِلُ الجهالةَ اليسيرةَ مثلَ جَهالةِ مَهْرِ المثلِ، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ مَبنَى البيْعِ على المُضايَقةِ والمُماكَسةِ، فالجهالةُ فيه وإنْ قَلّتْ تُفْضي إلى المُنازَعةِ ومَبنَى النّكاحِ على المُسامَحةِ (والمُروءةِ، فجَهالةُ) (٥) مَهْرِ المثلِ فيه لا تُفْضي إلى المُنازَعةِ فهو الفرقُ.

وأمّا وُجوبُ الوَسَطِ فلأنّ الوَسَطَ هو العدْلُ لما فيه من مُراعاةِ الجانِبَيْنِ؛ لأنّ الزّوْجَ يتضَرّرُ بإيجاب الجيِّدِ، والمرأةُ تَتَضَرّرُ بإيجاب الرّديءِ فكان العدْلُ في إيجاب الوَسَطِ. وهذا معنى قولِ النّبيِّ ﷺ: «خيْرُ الأُمورِ أوساطُها» (٦).

---

(١) وفي بيان مذهب الشافعية: قال النووي: إن أصدقها عبدًا أو ثوبًا غير موصوف، فالتسمية فاسدة، ويجب مهر المثل قطعًا، انظر: روضة الطالبين (٧/ ٢٦٤).

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) أخرجه النسائي، كتاب القسامة، باب: ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول...، حديث (٤٨٥٧)، من حديث عمرو بن حزم، وهو صحيح، وانظر الإرواء (٢٢٣٨، ٢٢٤٣).

(٤) في المخطوط: «تسميته».

(٥) في المخطوط: «فقدر جهالة».

(٦) أخرجه البيهقي في الكبرى (٣/ ٢٧٣)، حديث (٥٨٩٧)، والشعب (٥/ ١٦٩)، حديث (٦٢٢٩) بسنده... قال عمرو - أي ابن الحارث -: ويلغني أن رسول الله ﷺ قال: «خير الأمور أوساطها»، قال البيهقي: هذا مرسل، ورواه أيضًا (٥/ ٢٦١)، حديث (٦٦٠١)، عن مطرف، وكذا ابن سعد في الطبقات (٧/ ١٤٢)، ورواه أبو نعيم في الحلية (٢/ ٢٨٦)، عن أبي قلابة، وضعفه الألباني في ضعيف الجامع (١٢٥٢).

والأصلُ في اعتِبارِ الوَسَطِ في هذا البابِ ما رُوِيَ عن رسولِ اللَّه ﷺ أنه قال: «أيُما امرأةٍ أنكَحَتْ [(١)] نفسَها بغيرِ إذنِ مواليها، فنِكاحُها باطِلٌ فإنْ دخل بها فلَها مَهْرُ مثلِ نِسائها لا وكْسَ ولا شَطَطَ» [(٢)] وكذلك قال عبدُ اللَّه بنُ مسعودٍ رضي الله عنه [في المُفَوَّضةِ] [(٣)]: أرى لها مَهْرَ مثلِ نِسائها لا وكْسَ ولا شَطَطَ والمعنى ما ذكرنا.

وأمَّا ثُبوتُ الخيارِ بين الوَسَطِ وبين قيمَتِه فلأنّ الحيوانَ لا يَثْبُتُ في الذِّمَّةِ ثُبوتًا مُطْلَقًا ألا ترى أنّه لا يَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ في مُعاوَضةِ المالِ بالمالِ ولا يَثْبُتُ في الذِّمَّةِ في ضَمانِ الإتلافِ حتّى لا يكونَ مَضْمونًا بالمثلِ في الاستِهْلاكِ، بل بالقيمةِ فمن حيث إنّه يَثْبُتُ في الذِّمَّةِ في الجُمْلةِ قلنا: بوُجوبِ الوَسَطِ منه، ومن حيث إنّه لا يَثْبُتُ ثُبوتًا مُطْلَقًا قلنا: يَثْبُتُ الخيارُ بين تسليمِه وبين تسليم قيمَتِه عَمَلاً بالشّبَهينِ جميعًا، ولأنّ الوَسَطَ لا يُعرَفُ إلاّ بواسِطةِ القيمةِ فكانتِ القيمةُ أصلاً في الاستحقاقِ فكانتْ أصلاً في التّسليمِ.

وأمَّا ثُبوتُ [٢/ ٢٩ب] الخيارِ للزَّوْجِ لا للمرأةِ فلأنّه المُستَحَقُّ عليه فكان الخيارُ له.

وكذلك إنْ تَزَوّجَها على بيتٍ وخادِمٍ فلَها بيتٌ وسَطٌ مِمَّا يُجَهَّزُ به النِّساءُ، وهو بيتُ النُّوَبِ لا البيت المبنيُّ، فيَنْصَرِفُ إلى فُرُشِ البيتِ في أهلِ الأمصارِ وفي أهلِ الباديةِ إلى بيتِ الشّعرِ ولها خادِمٌ وسَطٌ؛ لأنّ المُطْلَقَ من هذه الأصنافِ يَنْصَرِفُ إلى الوَسَطِ؛ لأنّ الوَسَطَ منها معلومٌ بالعادةِ، وجَهالَتُه مثلُ جَهالةِ مَهْرِ المثلِ أو أقلُّ فلا تَمْنَعُ صِحَّةَ التّسميةِ كما لو نَصّ على الوَسَطِ. ولو وَصَفَ شيئًا من ذلك بأنْ قال جَيِّدٌ أو وَسَطٌ أو رَديءٌ فلَها الموصُوفُ، ولو جاء بالقيمةِ تُجْبَرُ على القبولِ؛ لأنّ القيمةَ هي الأصلُ.

ألا ترى أنّه لا يُعرَفُ الجيِّدُ والوَسَطُ والرّديءُ إلاّ باعتِبارِ القيمةِ فكانتِ القيمةُ هي

---

(١) في المخطوط: «نكحت».

(٢) هذان حديثان وليسا حديثًا واحدًا: فالأول: من قوله: «أيما امرأة.. إلى قوله: فنكاحها باطل» وقد سبق تخريجه، وأما الثاني: «فمن قوله: فإن دخل بها...» لنهاية الحديث، وتخريجه كالآتي: رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب: فيمن تزوج ولم يسم صداقًا حتى مات، حديث (٢١١٤)، والترمذي، حديث (١١٤٥)، والنسائي، حديث (٣٣٥٤)، وابن حبان في صحيحه (٩/ ٤٠٩)، حديث (٤١٠٠)، والحاكم في المستدرك (٢/ ١٩٦)، حديث (٢٧٣٧)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٢٤٥)، حديث (١٤١٩٠)، والطبراني في الأوسط (٢/ ٣٢٣)، حديث (٢١٠٧)، عن ابن مسعود وصححه الألباني في الإرواء (١٩٣٩)، وانظر نصب الراية (٣/ ٢٠١).

(٣) ليست بالمخطوط.

المُعَرِّفةُ بهذه الصِّفاتِ، فكانتْ أصلاً في الوُجوبِ فكانتْ أصلاً في التّسليمِ، فإذا جاء بها تُجْبَرُ على قَبولِها [(١)].

ولو تَزَوّجَها على وصيفٍ صَحَّتِ التّسميةُ ولها الوَسَطُ من ذلك، ولو تَزَوّجَها على وصيفٍ أبيَضَ لا شَكَّ أنّه تَصِحُّ التّسميةُ؛ لأنّها تَصِحُّ بدونِ الوَصْفِ فإذا وَصَفَ أولى، ولها الوَصيفُ الجيِّدُ؛ لأنّ الأبيَضَ عندَهم اسمٌ للجَيِّدِ ثمّ الجيِّدُ عندَهم هو الرّوميُّ، والوَسَطُ السِّنْديُّ، والرّديءُ الهِنْديُّ.

وأمّا عندَنا فالجيِّدُ هو التُّرْكيُّ، والوَسَطُ الرّوميّ، والرّديءُ الهِنْديُّ، وقد قال أبو حنيفةَ: قيمةُ الخادِمِ الجيِّدِ خمسونَ دينارًا، وقيمةُ الوَسَطِ أربعونَ، وقيمةُ الرّديءِ ثلاثونَ، وقيمةُ البيتِ الوَسَطِ أربعونَ دينارًا.

وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ: إنْ زادَ السِّعرُ أو نَقَصَ فبِحَسَبِ الغلاءِ والرّخصِ، وهذا ليس باختِلافٍ في الحقيقةِ ففي زَمَنِ أبي حنيفةَ كانتِ القِيَمُ مُسَعَّرةً، وفي زَمانِهِما تَغَيّرَتِ القيمةُ، فأجاب كُلٌّ على عُرْفِ زَمانِه والمُعتبَرِ في ذِكْرِ القيمةِ بلا خلافٍ.

ولو تَزَوّجَها على بيتٍ وخادِمٍ حتّى وجب الوَسَطُ من كُلِّ واحِدٍ منهما ثمّ صالَحَتْ من ذلك [زَوْجَها] [(٢)] على أقَلَّ من قيمةِ الوَسَطِ سِتِّينَ دينارًا أو سبعينَ دينارًا جاز الصُّلْحُ؛ لأنّها بهذا الصُّلْحِ أسقَطَتْ بعضَ حَقِّها؛ لأنّ الواجبَ فيهِما ثَمانونَ فإذا صالَحَتْ على أقَلَّ من ذلك فقد أسقَطَتِ البعضَ. ومَنْ له الحقُّ إذا أسقَطَ بعضَ حَقِّه واستَوْفى الباقيَ جاز، ويجوزُ ذلك بالنّقْدِ والنّسيئةِ لما ذكرنا أنّ الصُّلْحَ وقَعَ على عَيْنِ الحقِّ [(٣)] بإسقاطِ البعضِ فكان الباقي عَيْنَ الواجبِ فجاز فيه التّأجيلُ، فإنْ صالَحَتْ على مِائةِ دينارٍ، فالفضْلُ باطِلٌ؛ لأنّ المُسَمّى إذا لم يكنْ مُسَعَّرًا، فالقيمةُ واجبةٌ بالعقدِ.

ومَنْ وجب له حَقٌّ فصالَحَ على أكثرَ من حَقِّه لم يَجز، وإنْ كان المُسَمّى معلومَ الجِنْسِ والنّوْعِ والقدرِ والصِّفةِ كما إذا تَزَوّجَها على مَكيلٍ موصُوفٍ أو موزونٍ موصُوفٍ سِوَى الدّراهِمِ والدّنانيرِ صَحَّتِ التّسميةُ؛ لأنّ المُسَمّى مالٌ معلومٌ لا جَهالةَ فيه بوجهٍ.

ألا ترى أنّه ثبت [(٤)] دَيْنًا في الذِّمّةِ ثُبوتًا مُطْلَقًا، فإنّه يجوزُ البيْعُ به والسَّلَمُ فيه ويُضْمَنُ

---

(١) في المخطوط: «القبول لها».
(٢) ليست بالمخطوط.
(٣) في المخطوط: «حقه».
(٤) في المخطوط: «يثبت».

بالمثلِ فيُجْبَرُ [(١)] الزّوْجُ على دَفْعِه ولا يجوزُ دَفْعُ عِوَضِه إلاّ برِضا المرأةِ. ولو تَزَوّجَها على مَكيلٍ أو موزونٍ ولم يَصِفْ صَحَّتِ التّسميةُ؛ لأنّه مالٌ معلومُ الجِنْسِ والنّوْعِ فتَصِحُّ تسميَتُه، فإنْ شاء الزّوْجُ أعطاها الوَسَطَ من ذلك، وإنْ شاء أعطاها قيمَتَه، كذا ذكر الكَرْخيُّ في جامعِه. وذكر الحسَنُ عن أبي حنيفةَ أنّه يُجْبَرُ على تسليمِ الوَسَطِ.

(وجه ما ذكره الكَرْخيُّ): أنّ القيمةَ أصلٌ في إيجاب الوَسَطِ؛ لأنّ بها يُعرَفُ كونُه وسَطًا فكان أصلاً في التّسليمِ كما في العبدِ.

(وجه روايةِ الحسَنِ): أنّ الشّرعَ لَمَّا أوجب الوَسَطَ فقد تَعَيّنَ الوَسَطُ بتَعيينِ الشّرعِ فصار كما لو [(٢)] عَيّنَه بالتّسميةِ. ولو سَمَّى الوَسَطَ يُجْبَرُ على تسليمِه كذا هذا بخلافِ العبدِ، فإنّ هناك لو سَمَّى الوَسَطَ ونَصّ عليه لا يُجْبَرُ على تسليمِه فكذا إذا أوجبه الشّرعُ واللهُ أعلَمُ.

وأمَّا الثّيابُ فقد ذكر في الأصلِ أنّه إذا تَزَوّجَها على ثيابٍ موصُوفةٍ أنّه بالخيارِ إنْ شاء سَلَّمَها وإنْ شاء سَلَّمَ قيمَتَها، ولم يَفْصِلْ بين ما إذا سَمَّى لها أجَلاً أو لم يُسَمِّ، وقال أبو يوسفَ: إنْ أجَّلَها يُجْبَرُ على دَفْعِها، وإنْ لم يُؤَجِّلْها فلَها القيمةُ. ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ أنّه يُجْبَرُ على تسليمِها من غيرِ هذا التّفْصيلِ وهو قولُ زُفر.

(وجه ما ذكر في الأصلِ): أنّ الثّيابَ لا تَثْبُتُ في الذِّمَّةِ ثُبوتًا مُطْلَقًا؛ لأنّها ليستْ من ذَواتِ الأمثالِ، ألا ترى أنّها مَضْمونةٌ بالقيمةِ لا بالمثلِ في ضَمانِ العُدْوانِ ولا تَثْبُتُ في الذِّمَّةِ بنفسِها في عُقودِ المُعاوَضاتِ بل بواسِطةِ الأجَلِ فكانتْ كالعبيدِ، وهناك [٢/ ٣٠أ] لا يُجْبَرُ على دَفْعِ العبدِ وله أنْ يُسَلِّمَ القيمةَ كذا ههنا.

وأبو يوسفَ يقولُ: إذا أجّلَها فقد صارتْ بحيث تَثْبُتُ في الذِّمَّةِ ثُبوتًا مُطْلَقًا ألا ترى أنّها تَثْبُتُ في الذِّمَّةِ في السّلَمِ فيُجْبَرُ على الدّفْعِ كما في السلم بل أولى؛ لأنّ البدلَ في البيْعِ لا يحتَمِلُ الجهالةَ رأسًا، والمهرُ في النّكاحِ يحتَمِلُ ضَرْبًا من الجهالةِ فلَمَّا ثبتتْ في الذِّمَّةِ في البيْعِ فلأنْ تَثْبُتَ في النّكاحِ أولى.

(**وجه الروايةِ الأُخرى لأبي حنيفةَ**): أنّ امتِناعَ ثُبوتِها في الذِّمَّةِ لمكانِ الجهالةِ فإذا وُصِفَتْ

---

(١) في المخطوط: «يجبر».

(٢) في المخطوط: «وإن».

فقد زالَتِ الجهالةُ فيَصِحُّ ثُبوتُها في الذِّمَّةِ مَهْرًا في النِّكاحِ، وإنّما لا يَصِحُّ السَّلَمُ فيها إلاَّ مُؤَجَّلاً؛ لأنّ العلمَ بها يَقِفُ على التّأجيلِ، بل؛ لأنّ السَّلَمَ لم يُشْرَع [بالسلم] (١) إلاَّ مُؤَجَّلاً والأجَلُ ليس بشرطٍ في المهْرِ فكان ثُبوتُها في المهْرِ غيرَ مُؤَجَّلةٍ كثُبوتِها في السَّلَمِ مُؤَجَّلةً فيُجْبَرُ على تسليمِها.

ولو قال: تَزَوّجْتُكِ على هذا العبدِ (٢) أو على ألفٍ أو على ألفَيْنِ، فالتّسميةُ فاسِدةٌ في قولِ أبي حنيفةَ ويُحَكَّمُ مَهْرُ مثلِها، فإنْ كان مَهْرُ مثلِها مثلَ الأدوَنِ أو أقلَّ فلَها الأدوَنُ إلاَّ أنْ يَرْضَى الزّوْجُ بالأرفعِ، وإنْ كان مَهْرُ مثلِها مثلَ الأرفعِ [أو أكثر] (٣) فلَها الأرفَعُ إلاَّ أنْ ترضَى المرأةُ بالأدوَنِ، وإنْ كان مَهْرُ مثلِها فوقَ الأدوَن أو أقلَّ من الأرفَع فلَها مَهْرُ مثلِها. وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ: التّسميةُ صحيحةٌ ولها الأدوَنُ على كُلِّ حالٍ.

(وجه قولِهما): أنّ المصيرَ إلى مَهْرِ المثلِ عندَ تَعَذُّرِ إيجاب (٤) المُسَمَّى، ولا تَعَذُّرَ ههنا لأنّه يُمْكِنُ إيجابُ الأقَلِّ لكونِه مُتَيَقَّنًا، وفي الزّيادةِ شَكٌّ فيجبُ المُتَيَقَّنُ به وصار كما إذا أعتقَ عبده على ألفٍ أو ألفَيْنِ أو خالَعَ امرأتَه على ألفٍ أو ألفَيْنِ أنّه تَصِحُّ التّسميةُ وتجبُ الألفُ كذا هذا.

(ولأبي حنيفةَ): أنّه جعل المهْرَ أحدَ المذكورَيْنِ غيرَ عَيْنٍ؛ لأنّ كلِمة «أو» تَتَناوَلُ أحدَ المذكورَيْنِ غيرَ عَيْنٍ، وأحدُهما غيرُ عَيْنٍ مجهولٌ فكان المُسَمَّى مجهولاً، وهذه الجهالةُ أكثرُ من جَهالةِ مَهْرِ المثلِ. ألا ترى أنّ كلِمةَ «أو» تَدْخُلُ بين أقَلِّ الأشياءِ وأكثرِها فتَمْنَعُ صِحَّةَ التّسميةِ فيُحَكَّمُ مَهْرُ المثلِ؛ لأنّه الموجَبُ الأصليُّ في هذا البابِ فلا يُعدَلُ عنه إلاَّ عندَ صِحَّةِ التّسميةِ، ولا صِحَّةَ إلاَّ بتَعيينِ المُسَمَّى ولم يوجَدْ فيجبُ مَهْرُ المثلِ؛ لأنّه لا يَنْقُصُ عن الأدوَن؛ لأنّ الزّوْجَ رَضيَ بذلك القدرِ ولا يُزادُ على الأرفَعِ لرِضا المرأةِ بذلك القدرِ، ولا يلزَمُ على هذا ما إذا تَزَوّجَها على هذا العبدِ أو على هذا العبدِ [على] (٥) أنّ الزّوْجَ بالخيارِ في أنْ يدفَعَ أيُّهما شاء أو على أنّ المرأةَ بالخيارِ في ذلك تَأخُذُ أيُّهما شاءت أنّه تَصِحُّ التّسميةُ. وإنْ كان المُسَمَّى مجهولاً؛ لأنّ تلك الجهالةَ يُمْكِنُ رَفْعُها.

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) زاد في المخطوط: «أو على هذا العبد».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «الحال».
(٥) زيادة من المخطوط.

ألا ترى أنّها ترتفِعُ باختيارِ مَنْ له الخيارُ فقَلَّتِ الجهالةُ فكانتْ كجَهالةِ مَهْرِ المثلِ أو أقَلَّ من ذلك فلا تَمْنَعُ صِحَّةَ التّسميةِ، وههنا [(١)] لا سبيلَ إلى إزالةِ هذه الجهالةِ؛ لأنّه إذا لم يكنْ فيه خيارٌ كان لكُلِّ واحِدٍ منهما أنْ يختارَ غيرَ ما يختارُه صاحِبُه ففَحُشَتِ الجهالةُ فمَنَعَتْ صِحَّةَ التّسميةِ بخلافِ الإعتاقِ والخلْعِ؛ لأنّه ليس لهما موجِبٌ أصليٌّ يُصارُ إليه عندَ وُقوعِ الشّكِّ في المُسَمَّى فوَجَبَ المُتَيَقَّنُ من المُسَمَّى؛ لأنّ إيجابَه أولى من الإيقاعِ مَجَّانًا بلا عِوَضٍ أصلاً لعَدَمِ رِضا المولى والزّوْجِ بذلك، وفيما نحنُ فيه له موجِبٌ أصليٌّ فلا يُعدَلُ عنه إلاّ عندَ تَعَيُّنِ المُسَمَّى ولا تَعَيُّنَ مع الشّكِّ بإدخالِ كلِمةِ الشّكِّ فالتَحقَتِ التّسميةُ بالعدَمِ فبَقِيَ الموجِبُ الأصليُّ واجبَ المصيرِ إليه.

ولو تَزَوّجَ امرأةً على ألفٍ إنْ لم يكنْ له امرأةٌ، وعلى ألفَيْنِ إنْ كانتْ له امرأةٌ، أو تَزَوّجَها على ألفٍ إنْ لم يُخرِجْها من بَلَدِها وعلى ألفَيْنِ إنْ أخرجها من بَلَدِها، أو تَزَوّجَها على ألفٍ إنْ كانتْ مولاةً وعلى ألفَيْنِ إنْ كانتْ عَرَبيّةً وما أشبَهَ ذلك فلا شَكَّ أنّ النّكاحَ جائزٌ؛ لأنّ النّكاحَ المُؤَبّدَ الذي لا تَوْقيتَ فيه لا تُبْطِلُه الشُّروطُ الفاسِدةُ لما قلنا [(٢)]: إنّ [(٣)] الشُّروطَ لو أثَّرَتْ لأثَّرَتْ في المهرِ بفَسادِ التّسميةِ، وفَسادُ التّسميةِ لا يكونُ فوقَ العدَمِ ثمّ عَدَمُ التّسميةِ رأسًا لا يوجِبُ فسادَ النّكاحِ، ففَسادُها أولى.

وأمّا المهْرُ فالشّرطُ الأوّلُ جائزٌ بلا خلافٍ، فإنْ وقَعَ الوَفاءُ به فلَها ما سَمَّى على ذلك الشّرطِ، وإنْ لم يَقَعِ الوَفاءُ به فإنْ كان على خلافِ ذلك أو فعل خلافَ ما شَرَطَ لها فلَها مَهْرُ مثلِها لا يُنْقَصُ من الأصلِ ولا يُزادُ على الأكثرِ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسف ومحمد: الشّرطانِ جائزانِ.

وقال زُفَر: الشّرطانِ فاسِدانِ، وهذه فُرَيْعةُ مسألةٍ مشهورةٍ [(٤)] في الإجاراتِ [٢/٣٠ب]، وهو أنْ يدفَعَ رجلٌ ثَوْبًا إلى الخيّاطِ فيقولُ: إنْ خَيّطْتَه اليومَ فلَكَ دِرْهَمٌ، وإنْ خَيّطْتَه غَدًا فلَكَ نصفُ دِرْهَمٍ.

(وجه قولِ زُفر): أنّ كُلَّ واحِدٍ من الشّرطَيْنِ (يُخالِفُ الآخَرَ) [(٥)] فأوجب ذلك جَهالة

---

(١) في المطبوع: «ههنا».
(٢) في المخطوط: «ذكرنا».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «معروفة».
(٥) في المخطوط: «مخالف للآخر».

المستحق فلم تصح التسمية .

وجه قولهما: أن المسمى معلوم في الشرط الثاني ، كما هو معلوم في الشرط الأول التّسميةِ فتَصِحُّ [١] التّسميَتانِ ، كما إذا قال : للخَيّاطِ إنْ خَيّطْتَه روميًّا فبِدِرْهَمٍ ، وإنْ خَيّطْتَه فارِسيًّا فبِنصفِ دِرْهَمٍ .

(ولأبي حنيفةَ): أنّ الشّرطَ الأوّلَ وقَعَ صحيحًا بالإجماعِ وموجِبُه رَدُّ مَهْرِ المثلِ إنْ لم يَقَعِ الوَفاءُ به فكانتِ التّسميةُ الأُولى صحيحةً ، فلو صَحَّ الشّرطُ الثّاني لَكان نافيًا موجب الشّرطِ الأوّلِ ، والتّسميةُ الأُولى والتّسميةُ بعدَ ما صَحّتْ لا يجوزُ نَفْيُ موجَبِها فبَطَلَ الشّرطُ الثّاني ضرورةً .

وقال : إنّ ما شَرَطَ الزّوْجُ من طَلاقِ المرأةِ وتركِ الخروجِ من البلَدِ لا يلزَمُه في الحكمِ ؛ لأنّ ذلك وعدٌ وعَدَ لها فلا يُكَلَّفُ به ، وعلى هذا يخرجُ ما إذا تَزَوّجَها على حكمِه [أو حكمِها] [٢] أو حكمِ أجنَبيٍّ أنّ التّسميةَ فاسِدةٌ ؛ لأنّ المحكومَ به مجهولٌ وجَهالَتُه أكثرُ من جَهالةِ مَهْرِ المثلِ فيمنَعُ صِحّةَ التّسليم [٣] . ثمّ إنْ كان التّزَوُّجُ على حكمِ الزّوْجِ يُنْظَرُ إنْ حَكَمَ بمَهْرِ مثلِها أو أكثرَ فلَها ذلك ؛ لأنّه رَضيَ ببَذْلِ الزِّيادةِ وإنْ حَكَمَ بأقَلَّ من مَهْرِ مثلِها فلَها مَهْرُ مثلِها إلاّ أنْ ترضَى بالأقَلِّ ، وإنْ كان التّزَوُّجُ على حكمِها فإنْ حَكَمَتْ بمَهْرِ مثلِها أو أقَلَّ فلَها ذلك ؛ لأنّها رَضيَتْ بإسقاطِ حَقِّها ، وإنْ حَكَمَتْ بأكثرَ من مَهْرِ مثلِها لم تجزِ الزِّيادةُ ؛ لأنّ المُستَحَقَّ هو مَهْرُ المثلِ إلاّ إذا رَضيَ الزّوْجُ بالزِّيادةِ .

وإنْ كان التّزَوُّج على حكمِ أجنَبيٍّ فإنْ حَكَمَ بمَهْرِ المثلِ جاز ، وإنْ حَكَمَ بأكثرَ من مَهْرِ المثلِ يتوقَّفُ على رِضا الزّوْجِ ، وإنْ حَكَمَ بأقَلَّ من مَهْرِ المثلِ يتوقَّفُ على رِضا المرأةِ ؛ لأنّ المُستَحَقَّ هو مَهْرُ المثلِ ، والزّوْجُ لا يَرْضَى بالزِّيادةِ والمرأةُ لا ترضَى بالنُّقْصانِ ؛ فلِذلك توقَّفَ الأمرُ في الزِّيادةِ والنُّقْصانِ على رِضاهما ، فإنْ تَزَوّجَها على ما يَكْسِبُ العامَ أو يَرِثُ فهذه تسميةٌ فاسِدةٌ ؛ لأنّ جَهالةَ هذا أكثرُ من جَهالةِ مَهْرِ المثلِ ، وقد انضَمَّ إلى الجهالةِ الخطَرُ ؛ لأنّه قد يَكْسِبُ وقد لا يَكْسِبُ ثمّ الجهالةُ بنفسِها تَمْنَعُ صِحّةَ التّسميةِ ، فمع الخطَرِ أولى .

---

(١) في المخطوط : «فصحت» .

(٢) زيادة من المخطوط .

(٣) في المخطوط : «التسمية» .

ولو تَزَوّجَ امرأتَيْنِ على صَداقٍ واحِدٍ يجوزُ إلاَّ أنْ يقولَ تَزَوّجْتُكُما على ألفِ دِرْهَمٍ فقَبِلَتا، فالنّكاحُ جائزٌ لا شَكَّ فيه ويقسِمُ الألفَ بينهما على قدرِ مَهْرِ مثليهِما؛ لأنّه جعل الألفَ بَدَلاً عن بُضْعَيْهِما، والبدلُ يُقْسَمُ على قدرِ قيمةِ المُبْدَلِ، والمُبْدَلُ هو البُضْعُ فيُقْسَمُ البدلُ على قدرِ قيمَتِه، وقيمَتُه مَهْرُ المثلِ كما لو اشترى عبديْنِ بألفِ دِرْهَمٍ أنّه يُقْسَمُ الثّمَنُ على قدرِ قيمَتِهِما كذا هذا.

فإنْ قَبِلَتْ إحداهما دونَ الأُخرى جاز النِّكاحُ في التي قَبِلَتْ بخلافِ البيْعِ، فإنّه إذا قال: بعتُ هذا العبدَ منكُما فقَبِلَ أحدُهما ولم يقبلِ الآخَرُ لم يَجز البيْعُ أصلاً، والفرقُ أنّه لَمَّا قال: تَزَوّجْتُكُما فقد جعل قَبولَ كُلِّ واحِدةٍ منهما شرطًا لقَبولِ الأُخرى، والنّكاحُ لا يحتَمِلُ التّعليقَ بالشّرطِ، فكان إدخالُ الشّرطِ فيه فاسِدًا، والنّكاحُ لا يَفْسُدُ بالشّرطِ الفاسِدِ، والبيْعُ يَفْسُدُ به.

وإذا جاز النّكاحُ تُقْسَمُ الألفُ على قدرِ مَهْرِ مثلِهِما [لما قلنا] (١) فما أصابَ حِصّةَ التي قَبِلَتْ فلَها ذلك القدرُ، والباقي يَعودُ إلى الزّوْجِ، وإنْ كانتْ إحداهما ذاتَ زَوْجٍ أو في عِدَّةٍ من زَوْجٍ أو كانتْ مِمَّنْ لا يَحِلُّ له نِكاحُها فإنّ جميعَ الألفِ التي يَصِحُّ نِكاحُها في قولِ أبي حنيفةَ. وعندَهما تُقْسَمُ الألفُ على قدرِ مَهْرِ مثليهِما فما أصابَ حِصّةَ التي صَحَّ نِكاحُها فلَها ذلك، والباقي يَعودُ إلى الزّوْجِ.

(وجه قولِهما): أنّه جعل الألفَ مَهْرًا لهما جميعًا، وكُلُّ واحِدةٍ منهما صالِحٌ للنّكاحِ حقيقةً لكونِها قابِلةً للمَقاصِدِ المطْلوبةِ منه حقيقةً إلاَّ أنّ المُحَرَّمةَ منهما لا تُزاحِمُ صاحِبَتَها في الاستحقاقِ؛ لخُروجِها من أنْ تكونَ مَحلاًّ لذلك شرعًا مع قيامِ المحَلِّيّةِ حقيقةً، فيجبُ إظهارُ أثرِ المحَلِّيّةِ الحقيقيّةِ في الانقِسامِ.

(ولأبي حنيفةَ): أنّ المهْرَ يُقابِلُ ما يُستَوْفى بالوَطْءِ وهو مَنافِعُ البُضْعِ، وهذا العقدُ في حَقِّ المُحَرَّمةِ لا يُمْكِنُ من استيفاءِ المنافِعِ لخُروجِها من أنْ تكونَ مَحلاًّ للعَقْدِ شرعًا، والموجودُ الذي لا يُنْتَفَعُ به والعدَمُ الأصليُّ سَواءٌ فيُجْعَلُ ذلك المهْرُ بمُقابَلةِ الأجنبيّةِ، كما إذا جمع بين المرأةِ والأتانِ وقال: تَزَوّجْتُكُما على ألفِ دِرْهَمٍ، فإنْ دخل الزّوْجُ بالتي فسد نِكاحُها ففي قياسِ قولِ أبي حنيفةَ لها مَهْرُ مثلِها بالِغًا ما [٢/ ٣١أ] بَلَغَ؛ لأنّه لا تُعتَبَرُ

---

(١) ليست بالمخطوط.

التّسميةُ في حَقِّها فالتَحقَتِ التّسميةُ بالعدَمِ.

وفي قياسِ قولِ أبي يوسفَ ومحمّدٍ: لها مَهْرُ مثلِها لا يُجاوِزُ حِصّتَها من الألفِ؛ لأنّهما [لا] [١] يعتَبِرانِ التّسميةَ في حَقِّها في حَقِّ الانقِسامِ، واللّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

وَعلى هذا تخرُجُ تسميةُ المهْرِ على السّمْعةِ والرِّياءِ أنّها تَصِحُّ أو لا تَصِحُّ. وجُمْلةُ الكلامِ فيه أنّ السّمْعةَ في المهْرِ إمّا أنْ تكونَ في قدرِ المهْرِ، وإمّا أنْ تكونَ في جِنْسِه فإنْ كانتْ في قدرِ المهْرِ بأنْ تَواضَعا في السِّرِّ والباطِنِ، واتَّفَقا على أنْ يكونَ المهْرُ ألفَ دِرْهَم لكنّهما يُظْهِرانِ في العقدِ ألفَيْنِ لأمرٍ حَمَلَهما على ذلك، فإنْ لم يقولا: ألفٌ منهما سُمْعةٌ، فالمهْرُ ما ذَكَراه في العلانيةِ وذلك ألفانِ؛ لأنّ المهْرَ ما يكونُ مَذْكورًا في العقدِ والألفانِ مَذْكورَتانِ [٢] في العقدِ فإذا لم يجعلا الألفَ منهما سُمْعةً صَحّتْ تسميةُ الألفَيْنِ وإنْ قالا: الألفُ منهما سُمْعةٌ، فالمهْرُ ما ذَكَراه في السِّرِّ وهو الألفُ في ظاهرِ الرِّوايةِ عن أبي حنيفةَ، وهو قولُ أبي يوسفَ ومحمّدٍ رحمهما الله.

ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ أنّ المهْرَ ما أظهَراه وهو الألفانِ.

(وجه هذه الروايةِ): أنّ المهْرَ هو المذكورُ في العقدِ؛ لأنّه اسمٌ لما يُمْلَكُ به البُضْعُ، والذي يُمْلَكُ به البُضْعُ هو المذكورُ في العقدِ وأنّه يصلُحُ أنْ يكونَ مَهْرًا؛ لأنّه مالٌ معلومٌ فتَصِحُّ تسميَتُه ويَصيرُ مَهْرًا ولا تُعتَبَرُ المواضَعةُ السّابِقةُ.

(وجه ظاهرِ الروايةِ): أنّهما لَمّا قالا: الألفُ منهما سُمْعةٌ فقد هَزَلا بذلك قدرَ الألفِ حيث لم يقصِدا به مَهْرًا، والمهْرُ مِمّا يدخلُه الجدُّ والهزْلُ ففَسَدَتْ تسميَتُه [٣] قدرَ الألفِ والتَحقَتْ بالعدَمِ، فبَقيَ العقدُ على ألفٍ، وإنْ كانتِ السّمْعةُ من [٤] جِنْسِ المُهْريّاتِ تَواضَعا واتَّفَقا في السِّرِّ والباطِنِ على أنْ يكونَ المهْرُ ألفَ دِرْهَم، ولكنّهما يُظْهِرانِ في العقدِ مِائةَ دينارٍ، فإنْ لم يقولا: رياءٌ وسُمْعةٌ فالمهْرُ ما تعاقَدا عليه لما قلنا، وإنْ قالا: رياءٌ وسُمْعةٌ فتعاقَدا على ذلك فلَها مَهْرُ مثلِها في ظاهرِ الرِّوايةِ عن أبي حنيفةَ، وروايةٍ عنه أنّ لها مَهْرَ العلانيةِ مِائةَ دينارٍ.

(وجه هذه الروايةِ على نحوِ ما ذكرنا): أنّ المِائةَ دينارٍ هي المذكورةُ في العقدِ، والمهْرُ

---

(١) ليست بالمخطوط.
(٢) في المخطوط: «مذكوران».
(٣) في المخطوط: «تسمية».
(٤) في المخطوط: «في».

اسمٌ للمَذْكورِ في العقدِ لما بَيّنّا فيُعتَبَرُ المذكورُ فيه ولا تُعتَبَرُ المواضَعةُ السّابِقةُ.

(وجه) ظاهرِ الرواية: أنّ ما تَواضَعا عليه وهو الألفُ لم يذكراه في العقدِ، وما ذَكَراه وهو المِائةُ دينارٍ ما تَواضَعا عليه فلم توجَدِ التّسميةُ فيجبُ مَهْرُ المثلِ، كما لو تَزَوّجَها ولم يُسَمِّ لها مَهْرًا هذا الذي ذكرنا إذا لم يَتعاقَدا في السِّرِّ والباطِنِ ولكنهما تواضعا وتوافقا في السِّر والباطن على أنْ يكونَ (للمَهْرِ قدرٌ أو جِنْسٌ) [(١)] ثمّ يَتعاقَدا على ما تَواضَعا واتَّفَقا عليه.

فأمّا إذا تعاقَدا في السِّرِّ على قدرٍ من المهْرِ أو جِنْسٍ منه ثمّ اتَّفَقا وتَواضَعا في السِّرِّ على أنْ يُظْهِرا في عَقْدِ العلانيةِ أكثرَ من ذلك أو جِنْسًا آخرَ، فإنْ لم يذكرا في المواضَعةِ السّابِقةِ أنّ ذلك سُمْعةٌ، فالمهْرُ ما ذَكَراه في العلانيةِ في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، ويكونُ ذلك زيادةً على المهْرِ الأوّلِ، سَواءٌ كان من جِنْسِه أو من خلافِ جِنْسِه، فإنْ كان من خلافِ جِنْسِه، فجميعُه يكونُ زيادةً على المهْرِ الأوّلِ، وإنْ كان من جِنْسِه فقدرُ الزِّيادةِ على المهْرِ الأوّلِ يكونُ زيادةً. ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه قال: المهْرُ مَهْرُ السِّرِّ.

(وجه قوله): أنّ المهْرَ ما يكونُ مَذْكورًا في العقدِ، والعقدُ هو الأوّلُ؛ لأنّ النِّكاحَ لا يحتَمِلُ الفسخَ والإقالةَ؛ فالثّاني لا يَرْفَعُ الأوّلَ فلم يكنِ الثّاني عَقْدًا في الحقيقةِ فلا يُعتَبَرُ المذكورُ عندَه، فكان المهْرُ هو المذكورُ في العقدِ الأوّلِ.

(وجه قولِهما): أنّهما قَصَدا شيئَيْنِ استِئْنافُ العقدِ وزيادةٍ في المهْرِ، واستِئْنافُ العقدِ لا يَصِحُّ؛ لأنّ النِّكاحَ لا يحتَمِلُ الفسخَ، والزِّيادةُ صحيحةٌ فصار كأنّه زادَ ألفًا أُخرى أو مِائةَ دينارٍ، وإنْ ذَكَرا في المواضَعةِ السّابِقةِ أنّ الزِّيادةَ أو الجِنْسَ الآخرَ سُمْعةٌ، فالمهْرُ هو المذكورُ في العقدِ الأوّلِ، والمذكورُ في العقدِ الثّاني لَغْوٌ؛ لأنّهما هَزَلا به حيث جَعَلاه سُمْعةً، والهزْلُ يَعملُ في المهْرِ فيُبْطِلُه واللهُ أعلَمُ.

فصل

ومنها: أن يكونَ النِّكاحُ صحيحًا: فلا تَصِحُّ التّسميةُ في النِّكاحِ الفاسِدِ حتّى لا يلزَمَ المُسَمَّى؛ لأنّ ذلك ليس بنِكاحٍ [على الحقيقة] [(٢)] لما نذكرُ - إنْ شاء اللّه تعالى - إلاّ أنّه

---

(١) في المخطوط: «المهر قدرًا أو جنسًا». (٢) زيادة من المخطوط.

إذا وُجِدَ الدُّخولُ يجبُ (١) مَهْرُ المثلِ لكنْ بالوَطْءِ لا بالعقدِ على ما نُبَيِّنُه في موضِعِه - إنْ شاء اللَّه تعالى -.

ولو تَزَوَّجَ امرأةً على جاريةٍ بعَيْنِها واستَثْنَى ما في بَطْنِها فلَها الجاريةُ وما في بَطْنِها، ذكره الكَرْخيُّ والطَّحاوِيُّ من [٢/ ٣١ب] غيرِ خلافٍ لأنَّ تسميةَ الجاريةِ مَهْرًا قد صَحَّتْ؛ لأنَّها مالٌ معلومٌ واستِثْناءُ ما في بَطْنِها لم يَصِحَّ؛ لأنَّ الجنينَ في حكمِ جزءٍ من أجزائها فإطلاقُ العقدِ على الأُمِّ يتناوَلُه فاستِثْناؤُه يكونُ بمنزلةِ شرطٍ فاسِدٍ، والنِّكاحُ (لا يحتَمِلُ) (٢) شرطًا فاسِدًا فيلغو الاستِثْناءُ ويلتَحِقُ بالعدَمِ كأنَّه لم يستَثْنِ رأسًا، وكذلك إذا وهَبَ جاريةً واستَثْنَى ما في بَطْنِها أو خالَعَ أو صالَحَ من دَمِ العمدِ؛ لأنَّ هذه التَّصَرُّفاتِ لا تُبْطِلُها الشُّروطُ الفاسِدةُ. ولو تَزَوَّجَ امرأةً على جاريةٍ فاستُحِقَّتْ وهَلَكَتْ قبلَ التَّسليمِ فلَها قيمَتُها؛ لأنَّ التَّسميةَ قد صَحَّتْ لكونِ المُسَمَّى مالاً مُتقَوِّمًا معلومًا فالعقدُ انعقد موجِبَ (٣) التَّسليمَ ولم يبطل فوات التسليم بالاستحقاقِ والهلاكِ؛ لأنَّه (٤) عَجَزَ عن تسليمِها فتجبُ قيمَتُها بخلافِ البيْعِ إذا هَلَكَ المبيعُ قبلَ التَّسليمِ إلى المشتَري أنَّه لا يَغْرَمُ البائعُ قيمَتَه، وإنَّما يسقُطُ الثَّمَنُ لا غيرُ؛ لأنَّ هَلاكَ المبيعِ يوجِبُ بُطْلانَ البيْعِ، وإذا بَطَلَ البيْعُ لم يَبْقَ وُجوبُ التَّسليمِ، فلا تجبُ القيمةُ ثمَّ تفسيرُ مَهْرِ المثلِ هو أنْ يَعتَبِرَ مَهْرَها بمَهْرِ مثلِ نِسائها من أخَواتِها لأبيها وأُمِّها أو لأبيها وعَمَّاتِها وبَناتِ أعمامِها في بَلَدِها وعصرِها على مالِها وجَمالِها وسِنِّها وعَقْلِها ودينِها؛ لأنَّ الصَّداقَ يختلفُ باختِلافِ البُلْدانِ والأعصار وكذا يختلفُ باختِلافِ المالِ والجمالِ والسِّنِّ والعقلِ والدِّينِ فيزدادُ مَهْرُ المرأةِ؛ لزيادةِ مالِها وجَمالِها وعَقْلِها ودينِها وحَداثةِ سِنِّها فلا بُدَّ من المُماثَلةِ بين المرأتَيْنِ في هذه الأشياءِ ليكونَ الواجبُ لها مَهْرَ مثلِ نِسائها إذْ لا يكونُ مَهْرُ المثلِ بدونِ المُماثَلةِ بينهما، ولا يُعتَبَرُ مَهْرُها بمَهْرِ أُمِّها ولا بمَهْرِ خالَتِها إلاَّ أنْ تكونَ من قَبيلَتِها من بَناتِ أعمامِها؛ لأنَّ المهْرَ يختلفُ بشَرَفِ النَّسَبِ، والنَّسَبُ من الآباءِ لا من الأُمَّهاتِ فإنَّما يحصُلُ لها شَرَفُ النَّسَبِ من (قَبيلِ أبيها أو قَبيلَتِه) (٥) لا من قِبَلِ أُمِّها وعَشيرَتِها واللهُ أعلَمُ.

---

(١) في المخطوط: «تحت».
(٢) في المخطوط: «إذا استثنى فيه».
(٣) في المخطوط: «موجبًا».
(٤) في المخطوط: «إلا أنه».
(٥) في المخطوط: «قِبل أبيها وقبيلته».

فصل [في بيان ما يجب به المهر]

وأمَّا بيانُ ما يجبُ به المهْرُ وبيانُ وقتِ وُجوبه وكيفيّةِ وُجوبه وما يتعلَّقُ بذلك من الأحكامِ فنقول وبِاللَّه التّوْفيقُ:

المهْرُ في النّكاحِ الصّحيحِ يجبُ بالعقدِ؛ لأنّه إحداثُ المِلْكِ، والمهْرُ يجبُ بمُقابَلةِ إحداثِ المِلْكِ؛ ولأنّه عَقْدُ مُعاوَضةٍ وهو مُعاوَضةُ البُضْعِ بالمهْرِ فيقتضي وُجوبَ العِوَضِ كالبيْعِ، سَواءٌ كان المهْرُ مفروضًا في العقدِ أو لم يكنْ عندَنا [١].

وعندَ الشّافعيِّ: إنْ كان مفروضًا فكذلك، وإن لم يكن مفروضًا لا يجبُ بنفسِ العقدِ، وإنّما يجبُ بالفرضِ أو بالدُّخولِ [٢] على ما ذكرنا فيما تقَدَّمَ، وفي النّكاحِ الفاسِدِ يجبُ المهْرُ لكنْ لا بنفسِ العقدِ بل بواسِطةِ الدُّخولِ؛ لعَدَمِ حُدوثِ المِلْكِ قبلَ الدُّخولِ أصلًا وعَدَمِ حُدوثِه بعدَ الدُّخولِ مُطْلَقًا؛ ولانعِدامِ المُعاوَضةِ قبلَ الدُّخولِ رأسًا وانعِدامِها بعدَ الدُّخولِ مُطْلَقًا؛ لما نذكرُه إنْ شاء اللَّه تعالى في موضِعِه.

وَيجبُ عَقيبَ العقدِ بلا فصلٍ لما ذكرنا أنّه يجبُ بإحداثِ المِلْكِ، والمِلْكُ يحدُثُ عَقيبَ العقدِ بلا فصلٍ؛ ولأنّ المُعاوَضةَ المُطْلَقةَ تقتَضي ثُبوتَ المِلْكِ في العِوَضَيْنِ في وقتٍ واحِدٍ وقد ثبت المِلْكُ في أحدِ العِوَضَيْنِ وهو البُضْعُ عَقيبَ العقدِ فيَثْبُتُ في العِوَضِ الآخَرِ عَقيبَه تحقيقًا للمُعاوَضةِ المُطْلَقةِ إلاّ أنّه يجبُ بنفسِ العقدِ وُجوبًا موَسَّعًا، وإنّما يتضَيّقُ عندَ المُطالَبةِ كالثّمَنِ في بابِ البيْعِ أنّه يجبُ بنفسِ البيْعِ وُجوبًا موَسَّعًا، وإنّما يتضَيّقُ عندَ مُطالَبةِ البائعِ.

وإذا طالَبَتِ المرأةُ بالمهْرِ يجبُ على الزّوْجِ تسليمُه أوّلاً؛ لأنّ حَقَّ الزّوْجِ في المرأةِ مُتَعَيِّنٌ، وحَقُّ المرأةِ في المهْرِ لم يتعَيّنْ بالعقدِ، وإنّما يتعَيّنُ بالقبضِ فوَجَبَ على الزّوْجِ التّسليمُ عندَ المُطالَبةِ ليتعَيّنَ كما في البيْعِ أنّ المشتَريَ يُسَلِّمُ الثّمَنَ أوّلاً، ثمّ يُسَلِّمُ البائعُ المبيعَ إلاّ أنّ الثّمَنَ في بابِ البيْعِ إذا كان دَيْنًا يُقَدَّمُ تسليمُه على تسليمِ المبيعِ ليتعَيّنَ.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: تبيين الحقائق (٢/ ١٣٦)، العناية شرح الهداية (٣/ ٣١٥ - ٣١٦)، فتح القدير (٣/ ٣٢٨)، درر الحكام (١/ ٣٤١) البحر الرائق (٣/ ١٥٣)، مجمع الأنهر (١/ ٣٤٥)، رد المحتار (٣/ ١٠٠، ١٠٩).

(٢) انظر في مذهب الشافعية: المهذب (٢/ ٦٠)، روضة الطالبين (٧/ ٢٢٠).

وإنْ كان عَيْنًا يُسَلَّمانِ مَعًا وههنا يُقَدَّمُ تسليمُ المهْرِ على كُلِّ حالٍ، سَواءٌ كان دَيْنًا أو عَيْنًا؛ لأنّ القبضَ والتّسَلُّمَ [(١)] ههنا مَعًا مُتعَذِّرٌ ولا تَعذُّرَ في البيْعِ.

وإذا ثبت هذا فنقول: للمرأةِ قبلَ دخولِ الزّوْجِ بها أنْ تَمْنَعَ الزّوْجَ عن [(٢)] الدُّخولِ حتّى يُعطيَها جميعَ المهْرِ ثمّ تُسَلِّمُ نفسَها [إلى زَوْجِها] [(٣)]، وإنْ كانتْ قد انتقلتْ إلى بيتِ زَوْجِها لما ذكرنا أنّ بذلك يتعَيّنُ حَقُّها فيكونُ تسليمًا بتسليم، ولأنّ المهْرَ عِوَضٌ عن بُضْعِها كالثّمَنِ عِوَضٌ عن المبيعِ وللبائعِ حَقُّ حَبْسِ المبيعِ لاستيفاءِ الثّمَنِ فكان للمرأةِ حَقُّ حَبْسِ نفسِها؛ لاستيفاءِ المهْرِ، وليس للزَّوْجِ [٢/ ٣٢أ] مَنْعُها عن السّفَرِ والخروجِ من منْزِلِه وزيارةِ أهلِها قبلَ إيفاءِ المهْرِ؛ لأنّ حَقَّ الحبْسِ إنّما يَثْبُتُ لاستيفاءِ المُستَحَقِّ فإذا لم يجبْ عليها تسليمُ النّفْسِ قبلَ إيفاءِ المهْرِ لم يَثْبُتْ للزَّوْجِ حَقُّ الاستيفاءِ فلا يَثْبُتُ له حَقُّ الحبْسِ، وإذا أوفاها المهْرَ فلَه أنْ يمنَعَها من ذلك كُلِّه إلاّ من سَفَرِ الحجِّ إذا كان [(٤)] عليها حَجَّةُ الإسلامِ ووَجَدَتْ محرَمًا، وله أنْ يدخلَ بها لأنّه إذا أوفاها حَقَّها يَثْبُتُ له حَقُّ الحبْسِ لاستيفاءِ المعقودِ عليه فإنْ أعطاها المهْرَ إلاّ دِرْهَمًا واحِدًا، فلَها أنْ تَمْنَعَ نفسَها وأنْ تخرُجَ من مِصْرِها حتّى تقبِضَه [(٥)]؛ لأنّ حَقَّ الحبْسِ لا يتجزَّأُ فلا يَبْطُلُ إلاّ بتسليمِ كُلِّ البدلِ كما في البيْعِ.

ولو خرجتْ لم يكنْ للزَّوْجِ أنْ يستَرِدَّ منها ما قَبَضَتْ؛ لأنّها قَبَضَتْه بحَقٍّ لكونِ المقبوضِ حَقًّا لها، والمقبوضُ بحَقٍّ لا يحتَمِلُ النّقْضَ [(٦)] هذا إذا كان المهْرُ مُعَجَّلاً، بأنْ تَزَوّجَها على صَداقٍ عاجِلٍ أو كان مسكوتًا عن التّعجيلِ والتّأجيلِ؛ لأنّ حكمَ المسكوتِ حكمُ المُعَجَّلِ؛ لأنّ هذا عَقْدُ مُعاوَضةٍ فيقتضي المُساواةَ من الجانِبَيْنِ، والمرأةُ عَيّنَتْ حَقَّ الزّوْجِ فيجبُ أنْ يُعَيِّنَ الزّوْجُ حَقَّها، وإنّما يتعَيّنُ بالتّسليم.

فأمّا إذا كان مُؤَجّلاً بأنْ تَزَوّجَها على مَهْرٍ آجِلٍ فإنْ لم يذكرِ الوقتَ لشيءٍ من المهْرِ أصلاً بأنْ قال: تَزَوّجْتُكِ على ألفٍ مُؤَجّلةٍ، أو ذكر وقتًا مجهولاً جَهالةً مُتفاحِشةً بأنْ قال: تَزَوّجْتُك على ألفٍ إلى وقتِ الميْسَرةِ أو هُبوبِ الرِّياحِ أو إلى أنْ تُمْطِرَ السّماءُ فكذلك؛

---

(١) في المخطوط: «والتسليم».
(٢) في المخطوط: «من».
(٣) ليست بالمخطوط.
(٤) في المخطوط: «كانت».
(٥) في المخطوط: «تأخذه».
(٦) في المخطوط: «النقص».

لأنّ التّأجيلَ لم يَصِحَّ لتفاحُشِ الجهالةِ فلم يَثْبُتِ الأجَلُ. ولو قال: نصفُه مُعَجَّلٌ ونصفُه مُؤَجَّلٌ كما جَرَتِ العادةُ في ديارِنا ولم [1] يذكرِ الوقتَ للمُؤَجَّلِ.

اختلف المشايخُ فيه، قال بعضُهم: لا يجوزُ الأجَلُ ويجبُ حالاً كما إذا قال: تَزَوّجْتُك على ألفٍ مُؤَجَّلةٍ. وقال بعضُهم: يجوزُ ويَقَعُ ذلك على وقتِ وُقوعِ الفُرْقةِ بالطّلاقِ أو الموتِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ ما يُؤَيِّدُ هذا القولَ وهو أنّ رجلاً كفَلَ لامرأةٍ عن زَوْجِها نَفَقةَ كُلِّ شهرٍ، ذُكِرَ في كتابِ النِّكاحِ أنّه يلزَمُه نَفَقةُ شهرٍ واحِدٍ في الاستحسانِ، وذُكِرَ عن أبي يوسفَ أنّه يلزَمُه نَفَقةُ كُلِّ شهرٍ ما دامَ النِّكاحُ قائمًا بينهما، فكذلك ههنا.

وإنْ ذكر وقتًا معلومًا للمَهْرِ فليس لها أنْ تَمْنَعَ نفسَها في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ. وقال أبو يوسفَ أخيرًا لها أنْ تَمْنَعَ نفسَها، سَواءٌ كانتِ المُدَّةُ قَصيرةً أو طَويلةً بعدَ أنْ كانتْ معلومةً أو مجهولةً جَهالةً مُتقارِبةً كجَهالةِ الحصادِ والدِّياسِ.

(وجه قولِ ابي يوسفَ): أنّ من حكمِ المهْرِ أنْ يتقدَّمَ تسليمُه على تسليمِ النّفْسِ بكُلِّ حالٍ ألا ترى أنّه لو كان مُعَيّنًا أو غيرَ مُعَيّنٍ وجب تقديمُه فلَمّا قَبِلَ الزّوْجُ التّأجيلَ كان ذلك رِضًا بتَأخيرِ حَقِّه في القبضِ بخلافِ البائعِ إذا أَجّلَ الثّمَنَ أنّه ليس له أنْ يحبِسَ المبيعَ ويَبْطُلُ حَقُّه في الحبْسِ بتَأجيلِ الثّمَنِ؛ لأنّه ليس من حكمِ الثّمَنِ تقديمُ تسليمِه على تسليمِ المبيعِ لا مَحالةَ.

ألا ترى أنّ الثّمَنَ إذا كان عَيْنًا يُسَلَّمانِ مَعًا فلم يكنْ قَبولُ المشتَري التّأجيلَ رِضًا منه بإسقاطِ حَقِّه في القبضِ.

(وجه قولِهما): أنّ المرأةَ بالتّأجيلِ رَضِيَتْ بإسقاطِ حَقِّ نفسِها فلا يسقُطُ حَقُّ الزّوْجِ كالبائعِ إذا أَجّلَ الثّمَنَ أنّه يسقُطُ حَقُّ حَبْسِ المبيعِ بخلافِ ما إذا كان التّأجيلُ إلى مُدَّةٍ مجهولةٍ جَهالةً مُتفاحِشةً؛ لأنّ التّأجيلَ ثَمَّةَ [2] لم يَصِحَّ فلم يَثْبُتِ الأجَلُ فبَقيَ المهْرُ حالاً.

وأمّا قولُه: من شَأنِ المهْرِ أنْ يتقَدَّمَ تسليمُه على تسليمِ النّفْسِ فنقول: نَعَم إذا كان

---

(١) في المخطوط: «ولو لم».
(٢) في المخطوط: «ثم».

مُعَجَّلاً أو مسكوتًا عن الوقتِ فأمّا إذا كان مُؤَجَّلاً تَأجيلاً صحيحًا فمن حكمِه أنْ يتأخَّرَ تسليمُه عن تسليمِ النَّفْسِ؛ لأنّ تقديمَ تسليمِه ثبت حَقًّا لها؛ لأنه ثبت تحقيقًا للمُعاوَضةِ المُقْتَضيةِ للمُساواةِ حَقًّا لها، فإذا أَجَّلَتْه فقد أسقَطَتْ حَقَّ نفسِها فلا يسقُطُ حَقُّ زَوْجِها [(١)]؛ لانعِدامِ الإسقاطِ منه والرِّضا بالسّقوطِ، لهذا المعنى سَقَطَ [(٢)] حَقُّ البائعِ في الحبْسِ بتَأجيلِ الثّمَنِ كذا هذا ولو كان بعضُه حالاً وبعضُه مُؤَجَّلاً أجَلاً معلومًا فلَه أنْ يدخلَ بها إذا أعطاها الحال بالإجماعِ أمّا عندَهما؛ فلأنّ الكُلَّ لو كان مُؤَجَّلاً لَكان له أنْ يدخلَ بها فإذا كان البعضُ مُعَجَّلاً وأعطاها ذلك أولى، والفقه ما ذكرنا أنّ الزّوْجَ ما رَضيَ بإسقاطِ حَقِّه فلا يسقُطُ حَقُّه.

وأمّا عندَ أبي يوسفَ فلأنّه لَمّا عَجَّلَ البعضَ فلم يَرْضَ بتَأخيرِ حَقِّه عن القبضِ؛ لأنّه لو رَضيَ بذلك لم يكنْ لشرطِ التّعجيلِ فائدةٌ بخلافِ ما إذا كان الكُلُّ مُؤَجَّلاً؛ لأنّه لَمّا قَبِلَ التّأجيلَ فقد رَضيَ؛ بتَأخيرِ حَقِّه. ولو لم يدخلْ بها حتّى حَلَّ أجَلُ الباقي فلَه [٢/ ٣٢ب] أنْ يدخلَ بها إذا أعطاها الحال لما قلنا.

ولو كان الكُلُّ مُؤَجَّلاً أجَلاً معلومًا وشَرَطَ أنْ يدخلَ بها قبلَ أنْ يُعطيَها كُلَّه فلَه ذلك عندَ أبي يوسفَ أيضًا؛ لأنّه لَمّا شَرَطَ الدُّخولَ لم يَرْضَ بتَأخيرِ حَقِّه في الاستمتاعِ.

ولو [(٣)] كان المهْرُ مُؤَجَّلاً أجَلاً معلومًا، فحَلَّ الأجَلُ، ليس لها أنْ تَمْنَعَ نفسَها لتستَوْفيَ المهْرَ على أصلِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ؛ لأنّ حَقَّ الحبْسِ قد سَقَطَ بالتّأجيلِ، والسّاقِطُ لا يحتَمِلُ العوْدَ كالثّمَنِ في المبيعِ [(٤)]، وعلى أصلِ أبي يوسفَ لها أنْ تَمْنَعَ نفسَها؛ لأنّ لها أنْ تَمْنَعَ قبلَ حُلولِ الأجَلِ فبعدَه أولى.

ولو كان المهْرُ حالاً فأخَّرَتْه شهرًا ليس لها أنْ تَمْنَعَ عندَهما وعندَه لها ذلك؛ لأنّ هذا تَأجيلٌ طارِئٌ فكان حكمُه حكمَ التّأجيلِ المُقارِنِ. وقد مرَّ الكلامُ فيه ولو دخل الزّوْجُ بها برِضاها - وهي مُكَلَّفةٌ - فلَها أنْ تَمْنَعَ نفسَها حتّى تَأخُذَ المهْرَ، ولها أنْ تَمْنَعَه أنْ يُخرِجَها من بَلَدِها (في قولِ) [(٥)] أبي حنيفةَ. وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ: ليس لها ذلك وعلى هذا الخلافِ إذا خَلا بها.

---

(١) في المخطوط: «الزوج».

(٢) في المخطوط: «يسقط».

(٣) في المخطوط: «وإذا».

(٤) في المخطوط: «البيع».

(٥) في المخطوط: «عند».

(وجه قولِهما): أنّها بالوَطْءِ مرّةً واحِدةً أو بالخلْوةِ الصّحيحةِ سَلَّمَتْ جميعَ المعقودِ عليه برِضاها، وهي من أهلِ التّسليم، فبَطَلَ حَقُّها في المنْعِ كالبائعِ إذا سَلَّمَ المبيعَ، ولا شَكَّ في الرِّضا وأهليّةِ التّسليمِ، والدّليلُ على أنّها سَلَّمَتْ جميعَ المعقودِ عليه أنّ المعقودَ عليه في هذا البابِ في حكمِ العيْنِ، ولِهذا يتأكَّدُ جميعُ المهْرِ بالوَطْءِ مرّةً واحِدةً، ومعلومٌ أنّ جميعَ البدلِ لا يتأكَّدُ بتسليمِ بعضِ المعقودِ عليه، وما يتكَرَّرُ من الوَطَئاتِ [1] مُلْحَقٌ بالاستِخدامِ فلا يُقابِلُه شيءٌ من المهْرِ.

(ولأبي حنيفةَ): أنّ المهْرَ مُقابَلٌ بجميعِ ما يُستَوْفى من مَنافِعِ البُضْعِ في جميعِ الوَطَئاتِ [2] التي توجَدُ في هذا المِلْكِ لا بالمُستَوْفى بالوَطْأةِ الأُولى خاصّةً؛ لأنّه لا يجوزُ إخلاءُ شيءٍ من مَنافِعِ البُضْعِ عن بَدَلٍ يُقابِلُه احتِرامًا للبُضْعِ وإبانةً لخَطَرِه، فكانتْ هي بالمنْعِ مُمْتَنِعةً عن تسليمِ ما يُقابِلُه بَدَلٌ فكان لها ذلك [3] بالوَطْءِ [4] في المرّةِ الأُولى فكان لها أنْ تَمْنَعَه عن الأوّلِ حتّى تأخُذَ مَهْرَها، فكذا عن الثّاني والثّالثِ إلاّ أنّ المهْرَ يتأكَّدُ بالوَطْءِ مرّةً واحِدةً؛ لأنّه موجودٌ معلومٌ وما وراءَه معدومٌ مجهولٌ فلا يُزاحِمُه في الانقِسامِ ثمّ عندَ الوُجودِ يتعَيّنُ قَطْعًا فيَصيرُ مُزاحِمًا فيأخُذُ قِسطًا من البدلِ كالعبدِ إذا جَنَى جِنايةً يجبُ دَفْعُه بها فإنْ جَنَى جِنايةً أُخرى، فالثّانيةُ تُزاحِمُ الأُولى عندَ وُجودِها في وُجوبِ الدّفْعِ بها.

وكذا الثّالثةُ والرّابِعةُ إلى ما لا يتناهَى بخلافِ البائعِ إذا سَلَّمَ المبيعَ قبلَ قبضِ الثّمَنِ أو بعدَما قَبَضَ شيئًا منه ثمّ أرادَ أنْ يستَرِدَّ أنّه ليس له ذلك؛ لأنّه سَلَّمَ كُلَّ المبيعِ فلا يملِكُ الرّجوعَ فيما سَلَّمَ، وههنا ما سَلَّمَتْ كُلَّ المعقودِ عليه بل البعضَ دونَ البعضِ؛ لأنّ المعقودَ عليه مَنافِعُ البُضْعِ وما سَلَّمَتْ كُلَّ المنافِعِ بل بعضَها دونَ البعضِ، فهي بالمنْعِ تَمْتَنِعُ عن تسليمِ ما [لم] [5] يحصُلْ مُسَلَّمًا بعدُ، فكان لها ذلك كالبائعِ إذا سَلَّمَ بعضَ المبيعِ قبلَ استيفاءِ الثّمَنِ كان له حَقُّ حَبْسِ الباقي ليستَوْفيَ الثّمَنَ كذا هذا.

وكان أبو القاسِمِ الصّفّارُ يُفْتي في مَنْعِها نفسَها بقولِ أبي يوسفَ ومحمّدٍ، وفي السّفَرِ

---

(١) في المخطوط: «الموطئات». (٢) في المخطوط: «الموطئات».
(٣) زاد في المخطوط: «كالوطء».
(٤) في المخطوط: «كالوطء في المرة الأولى وكان الوطء في المرة الثانية والثالثة».
(٥) ليست بالمخطوط.

بقولِ أبي حنيفةَ وبعدَ إيفاءِ المهْرِ كان له أنْ يَنْقُلَها حيث شاء .

وحَكَى الفقيه أبو جَعفَرِ الهِنْدوانيُّ عن محمّدِ بنِ سَلَمةَ أنّه كان يُفْتي أنّ بعدَ تسليمِ المهْرِ ليس لزَوْجِها أنْ يُسافرَ بها .

قال أبو يوسفَ : ولو وجَدَتِ المرأةُ المهْرَ زُيوفًا أو سُتُّوقًا [1] فرَدَّتْ أو كان المقبوضُ عَرَضًا اشتَرَتْه من الزّوْجِ بالمهْرِ فاستُحِقَّ بعدَ القبضِ ، وقد كان دخل بها فليس لها أنْ تَمْنَعَ نفسَها في جميعِ ذلك ، وهذا على أصلِهما مُستقيمٌ ؛ لأنّ من أصلِهما أنّ التّسليمَ من غيرِ قبضِ المهْرِ يُبْطِلُ حَقَّ المنْعِ ، وهذا تسليمٌ من غيرِ قبضٍ ؛ لأنّ ذلك القبضَ بالرّدِّ والاستحقاقِ انتقضَ والتَحَقَ بالعدَمِ فصار كأنّها لم تقبِضْه وقبلَ القبضِ الجوابُ هكذا عندَهما . وأمّا عندَ أبي حنيفةَ فينبغي أنْ يكونَ لها أنْ تَمْنَعَ نفسَها .

ثمّ فرّقَ أبو يوسفَ بين هذا وبين المنْعِ [2] أنّه إذا استَحَقَّ الثّمَنَ من يَدِ البائعِ أو وجَدَه زُيوفًا أو سُتُّوقًا فرَدَّه له أنْ يستَرِدَّ المبيعَ فيحبِسَه ؛ لأنّ البائعَ بعدَ الاستِرْدادِ يُمْكِنُه الحبْسُ على الوجه الذي كان قبلَ ذلك .

وأمّا ههنا لا يُمْكِنُه لأنّه استَوْفى بعضَ مَنافِعِ البُضْعِ فلا يكونُ هذا الحبْسُ مثلَ الأوّلِ فلا يَعودُ حَقُّها في الحبْسِ ومِمّا يلتَحِقُ بهذا الفصلِ أنّ للمرأةِ أنْ تَهَبَ مَهْرَها للزّوْجِ دخل بها أو لم يدخلْ ؛ لقولِه عَزَّ وجَلَّ : ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ [٢/ ٣٣أ] هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤] وليس لأحدٍ من أوليائها الاعتِراضُ عليها ، سَواءٌ كان أبًا أو غيرَه ؛ لأنّها وهَبَتْ خالِصَ مِلْكِها وليس لأحدٍ في عَيْنِ المهْرِ حَقٌّ فيجوزُ ، ويلزَمُ بخلافِ ما إذا زَوّجَتْ نفسَها وقَصّرَتْ عن مَهْرِ مثلِها أنّ للأولياءِ حَقَّ الاعتِراضِ في قولِ أبي حنيفةَ ؛ لأنّ الأمهارَ حَقُّ الأولياءِ فقد تَصَرَّفَتْ في خالِصِ حَقِّهم ؛ ولأنّها [3] ألحقَتِ الضّرَرَ بالأولياءِ بإلحاقِ العارِ والشّنارِ بهم ، فلَهم دَفْعُ هذا الضّرَرِ بالاعتِراضِ والفسخِ . وليس للأبِ أنْ يَهَبَ مَهْرَ ابنَتِه عندَ عامّةِ العُلَماءِ .

وقال بعضهم: له ذلك وتَمَسّكوا بقولِه تعالى : ﴿أَوْ يَعْفُوَا۟ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ [البقرة :٢٣٧] والأبُ بيدِه عُقْدةُ النّكاحِ .

---

(١) درهم سَتُوق وسُتوق: زَيْفٌ بَهْرَجٌ لا خير فيه. لسان العرب (١٠/ ١٥٢).

(٢) في المخطوط: «البيع».

(٣) في المخطوط: «وإنما».

(ولنا): أنَّ المهْرَ مِلْكُ المرأةِ وحقُّها؛ لأنّه بَدَلُ بُضْعِها، وبُضْعُها حقُّها [ومِلْكُها] [(١)]، والدّليلُ عليه قولُه عزَّ وجلَّ: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] أضافَ المهْرَ إليها فدَلَّ أنّ المهْرَ حَقُّها ومِلْكُها، وقولُه عزَّ وجلَّ: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤] وقوله تعالى: ﴿مِّنْهُ﴾ أي: من الصّداقِ؛ لأنّه هو المُكَنّى السّابِقُ أباحَ للأزواجِ التّناوُلَ من مُهورِ النّساءِ إذا طابَتْ أنفسُهُنّ بذلك، ولِذا عَلّقَ سبحانه وتعالى الإباحةَ بطيبِ أنفسِهِنّ، فدَلَّ ذلك كُلُّه على أنّ مَهْرَها مِلْكُها وحَقُّها، وليس لأحدٍ أنْ يَهَبَ مِلْكَ الإنسانِ بغيرِ إذنِه؛ ولِهذا لا يملِكُ الوَليُّ هِبةَ غيرِه من أموالِها فكذا المهْرُ.

وأمَّا الآيةُ الشّريفةُ فقد قِيلَ: إنّ المُرادَ من الذي بيَدِه عُقْدةُ النّكاحِ هو الزّوْجُ كذا رُوِيَ عن عَليٍّ رضي الله عنه وهو إحدى الرّوايتيْنِ عن ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما، ويجوزُ أنْ يُحمَلَ قولُ مَنْ صَرف التّأويلَ إلى الوَليِّ على بيانِ نُزولِ الآيةِ على ما قِيلَ: إنّ حينَ النُّزولِ كانت المُهورُ للأولياءِ، ودليلُه قولُ شُعَيْبٍ لموسَى عليهما الصلاة والسلام: ﴿إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَٰنِىَ حِجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧] شَرَطَ المهْرَ لنفسِه لا لابنَتِه ثمّ نُسِخَ بما تَلونا من الآياتِ، وللمولى أنْ يَهَبَ صَداقَ أمَتِه ومُدَبَّرَتِه وأُمِّ ولَدِه من زَوْجِها؛ لأنّ المهْرَ مِلْكُه، وليس له أنْ يَهَبَ مَهْرَ مُكاتَبَتِه، ولو وهَبَ لا يَبْرأُ الزّوْجُ. ولا يدفَعُه إلى المولى؛ لأنّ مَهْرَ المُكاتَبةِ لها لا للمولى؛ لأنّه من أكسابِها، وكَسبُ المُكاتَبِ له لا لمولاه.

وتجوزُ الزّيادةُ في المهْرِ إذا تَراضَيا بها والحطُّ عنه إذا رَضِيَتْ به؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَٰضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾ [النساء: ٢٤] رفع الجُناحَ فيما تَراضَيا به الزّوْجانِ بعدَ الفريضةِ وهو التّسميةُ، وذلك هو الزّيادةُ في المهْرِ والحطُّ عنه، وأحَقُّ ما تُصْرَفُ إليه الآيةُ الزّيادةُ؛ لأنّه ذكر لَفْظةَ التّراضي وأنّه يكونُ بين اثْنَيْنِ ورِضا المرأةِ كان في الحطِّ؛ ولأنّ الزّيادةَ تَلْحَقُ العقدَ ويَصيرُ كأنّ العقدَ ورد على الأصلِ والزّيادةِ جميعًا كالخيارِ في بابِ البيْعِ والأجَلِ فيه، فإنّ مَنِ اشترى من آخَرَ عبدًا بَيْعًا باتًّا ثمّ إنّ أحدَهما جعل لصاحِبه الخيارَ يومًا جاز ذلك حتّى لو نَقضَ البيْعَ جاز نَقْضُه، ويَصيرُ ذلك كالخيارِ المشروطِ في أصلِ البيْعِ.

---

(١) ليست بالمخطوط.

وكذا إذا اشترى عبدًا بألفِ دِرْهَمٍ حالةً، ثمّ إنّ البائعَ أجَّلَ المشتَريَ في الثّمنِ شهرًا جاز التّأجيلُ، ويَصيرُ كأنّه كان مُسَمًّى في العقدِ كذا ههنا، ولا يَثْبُتُ خيارُ الرّؤْيةِ في المهْرِ حتّى لو تزَوّجَ امرأةً على عبدٍ بعَيْنِه أو جاريةٍ بعَيْنِها ولم تَرَه ثمّ رأته ليس لها أنْ تَرُدَّه بخيارِ الرّؤْيةِ؛ لأنّ النّكاحَ لا يَنْفَسِخُ بردِّه فلو رَدَّتْ لَرجعتْ عليه بعبدٍ آخَرَ وثبت لها فيه خيارُ الرّؤْيةِ فتَرُدُّه ثمّ ترجِعُ عليه بآخَرَ إلى ما لا يتناهَى، فلم يكنِ الرّدُّ مُفيدًا لخُلوِّه عن العاقبةِ الحميدةِ فكان سَفَهًا فلا يَثْبُتُ لها حَقُّ الرّدِّ.

وكذلك [هذا في] [1] الخلْعِ والإعتاقِ على مالٍ والصُّلْحِ عن دَمِ العمدِ لما قلنا، بخلافِ البيْعِ أنّه يَثْبُتُ فيه خيارُ الرّؤْيةِ؛ لأنّ البيْعَ يَنْفَسِخُ بردِّ المبيعِ ويرجعُ بالثّمَنِ فكان الرّدُّ مُفيدًا لذلك افترَقا، وهل يَثْبُتُ خيارُ العيْبِ في المهْرِ؟ يُنْظَرُ في ذلك إنْ كان العيْبُ يسيرًا لا يَثْبُتُ، وإنْ كان فاحِشًا يَثْبُتُ، وكذلك هذا في بَدَلِ الخلْعِ والإعتاقِ على مالٍ والصُّلْحِ عن دَمِ العمدِ بخلافِ البيْعِ والإجارةِ وبَدَلِ الصُّلْحِ على [2] مالٍ أنّه يُرَدُّ بالعيْبِ اليسيرِ والفاحِشِ؛ لأنّ هناك يَنْفَسِخُ العقدُ بردِّه، وههنا لا يَنْفَسِخُ، وإذا لم يَنْفَسِخ فيقبِضُ مثلَه فرُبَّما يَجِدُ فيه عَيْبًا يسيرًا أيضًا؛ لأنّ [3] الأعيانَ لا تخلو عن قَليلِ عَيْبٍ عادةً فيرُدُّه ثمّ يقبِضُ مثلَه فيُؤَدِّي إلى ما لا يتناهَى فلا يُفيدُ الرّدُّ، وهذا المعنى لا يوجَدُ في البيْعِ والإجارةِ؛ لأنّه يَنْفَسِخُ العقدُ بالرّدِّ فكان الرّدُّ مُفيدًا؛ ولأنّ حَقَّ الرّدِّ بالعيْبِ إنّما يَثْبُتُ استدراكًا للفائتِ وهو صِفةُ السّلامةِ المُستحَقّةِ بالعقدِ، والعيْبُ إذا كان يسيرًا لا يُعرَفُ الفواتُ بيَقينٍ؛ لأنّ العيْبَ اليسيرَ يدخلُ تحت تقويمِ المُقَوِّمينَ لا يخلو [٢/ ٣٣ب] عنه.

فمن مُقَوِّمٍ يُقَوِّمُه بدونِ العيْبِ بألفٍ، ومن مُقَوِّمٍ يُقَوِّمُه مع العيْبِ بألفٍ أيضًا، فلا يُعلَمُ [4] فواتُ صِفةِ السّلامةِ بيَقينٍ فلا حاجةَ إلى الاستدراكِ بالرّدِّ بخلافِ العيْبِ الفاحِشِ؛ لأنّه لا يختلفُ فيه المُقَوِّمونَ فكان الفواتُ حاصِلًا بيَقينٍ فتقَعُ الحاجةُ إلى استدراكِ الفائتِ بالرّدِّ إلاّ أنّ هذا المعنى الأخيرَ يُشْكِلُ بالبيْعِ وأخَواتِه، فإنّ العيْبَ اليسيرَ فيها يوجِبُ حَقَّ الرّدِّ، وإنْ كان هذا المعنى موجودًا فيها فالأصَحُّ هو الوجه الأوّلُ ولا شُفْعةَ في المهْرِ؛ لأنّ من شَرائطِ ثُبوتِ حَقِّ الشُّفْعةِ مُعاوَضةُ المالِ بالمالِ لما نذكرُه في

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «عن».
(٣) في المخطوط: «فإن».
(٤) في المخطوط: «يعرف».

كتابِ الشُّفْعةِ إنْ شاء اللَّه تعالى، والنِّكاحُ مُعاوَضةُ البُضْعِ بالمالِ فلا يَثْبُتُ [فيه] (١) حَقُّ الشُّفْعةِ والله أعلم.

فصل [في بيان ما يتأكد به كل المهر]

وأمَّا بيانُ ما يتأكَّدُ به [كل] (٢) المهْرُ فالمهْرُ يتأكَّدُ بأحدِ معانٍ ثلاثةٍ:

الدُّخولُ، والخلْوةُ الصَّحيحةُ، وموتُ أحدِ الزَّوْجَيْنِ، سَواءٌ كان مُسَمًّى أو مَهْرَ المثلِ حتَّى لا يسقُطَ شيءٌ منه بعدَ ذلك إلاَّ بالإبراءِ من صاحِبِ الحقِّ.

أمَّا التَّأكُّدُ بالدُّخولِ: فمُتَّفَقٌ (٣) عليه، والوجه فيه أنّ المهْرَ قد وجب بالعقدِ وصار دَيْنًا في ذِمَّتِه، والدُّخولُ لا يُسقِطُه؛ لأنّه استيفاءُ المعقودِ عليه، واستيفاءُ المعقودِ عليه، يُقَرِّرُ البدلَ لا أنْ يُسقِطَه كما في الإجارةِ؛ ولأنّ المهْرَ يتأكَّدُ بتسليمِ المُبْدَلِ من غيرِ استيفائه لما نذكرُ فلأَنْ يتأكَّدَ بالتّسليمِ مع الاستيفاءِ أولى.

وأمَّا التّأكُّدُ بالخلْوةِ فمذهبُنا (٤). وقال الشّافعيُّ: لا يتأكَّدُ المهْرُ بالخلْوةِ (٥) حتّى لو خَلا بها خَلْوةً صحيحةً ثمّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها في نِكاحٍ فيه تسميةٌ يجبُ عليه كمالُ المُسَمَّى عندَنا. وعندَه نصفُ المُسَمَّى وإنْ لم يكنْ في النِّكاحِ تسميةٌ يجبُ عليه كمالُ مَهْرِ المثلِ عندَنا، وعندَه يجبُ عليه المُتْعةُ.

وعلى هذا الاختِلافِ وُجوبُ العِدَّةِ بعدَ الخلْوةِ قبلَ الدُّخولِ عندَنا تجبُ، وعندَه لا تجبُ.

واحتَجَّ بقولِه تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة:٢٣٧] أوجب اللَّه تعالى نصفَ المفروضِ في الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ فيه تسميةٌ؛ لأنّ المُرادَ من المسِّ هو الجِماعُ ولم يَفْصِلْ بين حالِ وُجودِ الخلْوةِ، وعَدَمِها

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «فمجمع».
(٤) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٤٩٣)، المبسوط (٥/ ١٤٨)، رؤوس المسائل (ص٤٠١)، فتح القدير (٣/ ٣٣١).
(٥) مذهب الشافعية: أن الخلوة لا تقرر المهر ولا تؤثر فيه على الجديد الأظهر، انظر: مختصر المزني ص (١٨٣)، الوسيط (٥/ ٢٢٦)، الوجيز (٢/ ٢٦)، روضة الطالبين (٧/ ٢٦٣)، مغني المحتاج ص (١٨٣).

فمَنْ أوجب كُلَّ المفروضِ فقد خالَفَ النّصّ .

وقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة :٢٣٦] أي: ولم تفرضوا [لهُنّ] (١) فريضةً [فمَتِّعوهُنّ] (٢) أوجب [تعالى لهُنّ] (٣) المُتْعةَ في الطّلاقِ في نِكاحٍ لا تسميةَ فيه مُطْلَقًا من غيرِ فصلٍ بين حالِ وُجودِ الخلْوةِ وعَدَمِها، وقوله عزَّ وجلَّ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [الأحزاب :٤٩] .

فدلَّتِ الآيةُ الشّريفةُ على نَفْيِ وُجوبِ العِدَّةِ ووُجوبِ المُتْعةِ قبلَ الدُّخولِ من غيرِ فَصلٍ؛ ولأنّ تأكُّدَ المهْرِ يتوقَّفُ على استيفاءِ المُستَحَقِّ بالعقدِ وهو مَنافِعُ البُضْعِ واستيفاؤُها بالوَطْءِ ولم يوجَدْ، ولا ضرر لها في التّوَقُّفِ؛ لأنّ الزّوْجَ لا يخلو إمّا أنْ يستَوْفيَ أو يُطَلِّقَ، فإنِ استَوْفى تأكّدَ حقُّها . وإنْ طَلّقَ يَفوتُ عليها نصفُ المهْرِ لكنْ بعِوَضٍ هو خَيْرٌ لها؛ لأنّ المعقودَ عليه يَعودُ عليها (٤) سَليمًا مع سَلامةِ نصفِ المهْرِ لها بخلافِ الإجارةِ أنّه تتأكّدُ الأُجْرةُ فيها بنفسِ التّخليةِ ولا يتوقَّفُ التّأكُّدُ على استيفاءِ المنافِعِ؛ لأنّ في التّوَقُّفِ هناك ضَرَرًا بالآجِرِ؛ لأنّ الإجارةَ (٥) مُدّةٌ معلومةٌ فمن الجائزِ أنْ يمتَنِعَ المُستأجِرُ من استيفاءِ المنافِعِ مُدّةَ الإجارةِ بعدَ التّخليةِ فلو توقَّفَ تأكُّدُ الأُجْرةِ على حقيقةِ الاستيفاءِ، وربَّما لا يستَوْفي لفائتِ المنافِعِ عليه مَجّانًا بلا عِوَضٍ فيتضرَّرُ به الآجِرُ فأُقيمَ التّمَكُّنُ من الانتِفاعِ مَقام استيفاءِ المنْفعةِ دفْعًا للضَّرَرِ عن الآجِرِ، وههنا لا ضَرَرَ في التّوَقُّفِ على ما بيّنّا فتوقَّفَ التّأكُّدُ على حقيقةِ الاستيفاءِ ولم يوجَدْ فلا يتأكّدُ.

(ولَنا): قولُه عزَّ وجلَّ: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ۝ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢٠-٢١] .

نَهَى سبحانه وتعالى الزّوْجَ عن أخذِ شيءٍ مِمّا ساقَ إليها من المهْرِ عندَ الطّلاقِ، وأبانَ عن معنى النّهْيِ لوُجودِ الخلْوةِ كذا قال الفَرّاءُ: إنّ الإفضاءَ هو الخلْوةُ دخل بها أو لم

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «إليها».
(٥) في المخطوط: «للإجارة».

يدخلْ، ومَأخَذُ اللَّفْظِ دليلٌ على أنّ المُرادَ منه الخلْوةُ الصّحيحةُ؛ لأنّ الإفضاءَ مَأخوذٌ من الفضاءِ من الأرضِ وهو الموضِعُ الذي لا نَباتَ فيه ولا بناءَ فيه ولا حاجِزَ يمنَعُ عن إدراكِ ما فيه فكان المُرادُ منه الخلْوةَ على هذا الوجه، وهي التي لا حائلَ فيها ولا مانِعَ من الاستمتاعِ عَمَلاً بمُقْتَضَى اللَّفْظِ، فظاهرُ النّصِّ يقتضي أنْ لا يسقُطَ شيءٌ منه بالطّلاقِ إلاّ أنّ سُقوطَ النّصفِ بالطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ وقبلَ الخلْوةِ في نِكاحٍ فيه تسميةٌ وإقامةَ المُتْعةِ مَقام نصفِ مَهْرِ المثلِ في نِكاحٍ لا تسميةَ فيه ثبت بدليلٍ آخَرَ فبَقيَ حالُ ما بعدَ الخلْوةِ على ظاهرِ النّصِّ.

ورُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «مَنْ كشَفَ خِمارَ امرأتِه [ونَظَرَ إليها] [١] وجب الصّداقُ، دخل بها أو لم يدخلْ» [٢] وهذا نَصٌّ في البابِ.

ورُوِيَ عن زُرارةَ بنِ أبي أوفى أنّه قال: قضَى الخلَفاءُ الرّاشِدونَ المهْدِيُّونَ أنّه إذا أرخَى السّتورَ [٣] وأغْلَقَ البابَ فلَها الصّداقُ كامِلاً وعليها العِدَّةُ دخل بها أو لم يدخلْ بها.

وحَكَى الطّحاوِيُّ في هذه المسألةِ إجماعَ الصّحابةِ من الخلَفاءِ الرّاشِدينَ وغيرِهم؛ ولأنّ المهْرَ قد وجب بنفسِ العقدِ إمَّا في نِكاحٍ فيه تسميةٌ فلا شَكَّ فيه، وإمَّا في نِكاحٍ لا تسميةَ فيه فلِما ذكرنا في مسألةِ المُفَوّضةِ إلاّ أنّ الوُجوبَ بنفسِ العقدِ ثبت موَسَّعًا ويتضَيّقُ عندَ المُطالَبةِ، والدّيْنُ المُضَيّقُ واجبُ القضاءِ.

قال النّبيُّ ﷺ: «الدّيْنُ مقضيٌّ» [٤]، ولأنّ المهْرَ متى صار مِلْكًا لها بنفسِ العقدِ، فالمِلْكُ الثّابِتُ [لإنسانٍ] [٥] لا يجوزُ أنْ يزولَ إلاّ بإزالةِ المالِكِ أو بعَجْزِه عن الانتِفاعِ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) ضعيف مرسل: رواه الدارقطني في سننه (٣/ ٣٠٧)، حديث (٢٣٢)، والبيهقي في «الكبرى» (٧/ ٢٥٦)، عن ابن لهيعة عن أبي الأسود عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن «النبي ﷺ» وقال البيهقي: وهذا منقطع، وضعفه الألباني في الإرواء (١٩٣٦)، والضعيفة (١٠١٩).

(٣) في المخطوط: «الستر».

(٤) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب: في تضمين العور، حديث (٣٥٦٥)، والترمذي، حديث (١٢٦٥)، وابن ماجه، حديث (٢٤٠٥)، وابن أبي شيبة في المصنف (٤/ ٥٢٩)، حديث (٢٢٨٤٣)، من حديث أبي أمامة بلفظ: «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم» وهو حديث صحيح، وانظر صحيح الجامع (٤١١٦)، الصحيحة (٦١٠).

(٥) ليست في المخطوط.

بالمملوكِ حقيقةً إمَّا لمعنًى يرجعُ إلى المالِكِ أو لمعنًى يرجعُ إلى المحَلِّ ولم يوجَدْ شيءٌ من ذلك فلا يزولُ إلاَّ عندَ الطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ وقبلَ الخلْوةِ سَقَطَ النّصفُ بإسقاطِ الشّرعِ غيرُ معقولِ المعنى إلاَّ بالطّلاقِ؛ لأنّ الطّلاقَ فعلُ الزّوْجِ، والمهْرُ مِلْكُها، والإنسانُ لا يملِكُ إسقاطَ حَقِّ الغيرِ عن نفسِه؛ ولأنّها سَلَّمَتِ المُبْدَلَ إلى زَوْجِها فيجبُ على زَوْجِها تسليمُ البدلِ إليها كما في البيْعِ والإجارةِ.

والدّليلُ على أنّها سَلَّمَتِ المُبْدَلَ أنّ المُبْدَلَ هو ما يُستَوْفى بالوَطْءِ وهو المنافِعُ إلاَّ أنّ المنافِعَ قبلَ الاستيفاءِ معدومةٌ، فلا يُتَصَوّرُ تسليمُها لكنْ لها مَحَلٌّ موجودٌ وهو العيْنُ وأنّها مُتَصَوّرُ التّسليمِ حقيقةً فيُقامُ تسليمُ العيْنِ مَقام تسليم المنْفَعةِ كما في الإجارةِ وقد (وُجِدَ تسليمُ)[1] المحَلِّ؛ لأنّ التّسليمَ هو جَعلُ الشّيءِ سالِمًا للمُسَلَّمِ إليه، وذلك برَفْعِ الموانِعِ وقد وُجِدَ؛ لأنّ الكلامَ في الخلْوةِ الصّحيحةِ وهي عِبارةٌ عن التّمَكُّنِ من الانتِفاعِ ولا يتحَقّقُ التّمَكُّنُ إلاَّ بعدَ ارتِفاعِ الموانِعِ كُلِّها فثبت أنّه وُجِدَ منها تسليمُ المُبْدَلِ، فيجبُ على الزّوْجِ تسليمُ البدلِ؛ لأنّ هذا عَقْدُ مُعاوَضةٍ وأنّه يقتضي تسليمًا بإزاءِ التّسليمِ كما يقتضي مِلْكًا بإزاءِ مِلْكٍ تحقيقًا (بحكمِ)[2] المُعاوَضةِ. كما في البيْعِ والإجارةِ.

وأمَّا الآيةُ فقال[3] بعضُ أهلِ التّأويلِ: إنّ المُرادَ من المسيسِ هو الخلْوةُ فلا تكونُ حُجَّةً على أنّ فيها إيجابَ نصفِ المفروضِ لا إسقاطَ النّصفِ الباقي ألا ترى أنّ مَنْ كان في يَدِه عبدٌ فقال: نصفُ هذا العبدِ لفُلانٍ لا يكونُ ذلك نَفْيًا للنّصفِ الباقي، فكان حكمُ النّصفِ الباقي مسكوتًا عنه فبَقِيَتْ[4] على قيامِ الدّليلِ، وقد قامَ الدّليلُ على البقاءِ وهو ما ذكرنا فيبقى.

وأمَّا قولُه: التّأكُّدُ إنّما يَثْبُتُ باستيفاءِ المُستَحَقِّ فمَمْنوعٌ بل كما يَثْبُتُ باستيفاءِ المُستَحَقِّ يَثْبُتُ بتسليمِ المُستَحَقِّ كما في الإجارةِ، وتسليمُه بتسليم مَحَلِّه وقد حَصَلَ ذلك بالخلْوةِ الصّحيحةِ على ما بَيّنّا ثمّ تفسيرُ الخلْوةِ الصّحيحةِ هو[5] أنْ لا يكونَ هناك مانِعٌ من الوَطْءِ لا حقيقيٌّ ولا شرعيٌّ ولا طَبْعيٌّ.

(١) في المخطوط: «تسلم».
(٢) في المخطوط: «لحكم».
(٣) في المخطوط: «فقد قال».
(٤) في المخطوط: «فيقف».
(٥) في المخطوط: «هي».

أمَّا المانِعُ الحقيقيُّ فهو أنْ يكونَ أحدُهما مريضًا مرَضًا يمنَعُ الجِماعَ أو صَغيرًا لا يُجامِعُ مثلُه أو صَغيرةً لا يُجامَعُ مثلُها أو كانتِ المرأةُ رَتْقاءَ أو قَرْناءَ؛ لأنّ الرّتْقَ والقرْنَ يمنَعانِ من الوَطْءِ وتَصِحُّ [1] [خَلْوةُ الزّوْجِ] [2]، إنْ كان الزّوْجُ عِنِّينًا أو خَصيًّا؛ لأنّ العُنّةَ والخِصاءَ لا يمنَعانِ من الوَطْءِ فكانتْ خَلْوَتُهما كخَلْوةِ غيرِهما، وتَصِحُّ خَلْوةُ المجبوبِ في قولِ أبي حنيفةَ. وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ: لا تَصِحُّ.

(وجه قولِهما): أنّ الجبَّ يمنَعُ من الوَطْءِ فيمنَعُ صِحَّةَ الخلْوةِ كالقرْنِ والرّتْقِ ولأبي حنيفةَ أنّه يُتَصَوّرُ منه السّحْقُ والإيلادُ بهذا الطّريقِ ألا ترى لو جاءتِ امرأتُه بوَلَدٍ يَثْبُتُ النّسَبُ منه بالإجماعِ، واستَحقَّتْ كمالَ المهْرِ إنْ [3] طَلَّقَها، وإنْ لم يوجَدْ منه الوَطْءُ المُطْلَقُ فيُتَصَوّرُ في حَقِّه ارتِفاعُ المانِعِ من وطْءِ مثلِه فتَصِحُّ خَلْوَتُه وعليها العِدَّةُ.

أمَّا عندَه فلا يُشْكِلُ؛ لأنّ الخلْوةَ إذا صَحّتْ أُقيمَتْ مَقام الوَطْءِ في حَقِّ تأكُّدِ المهْرِ ففي حَقِّ العِدَّةِ أولى؛ لأنّه يُحْتاطُ في إيجابها.

وأمَّا عندَهما فقد ذكر الكَرْخيُّ أنّ عليها العِدَّةَ عندَهما أيضًا.

وقال أبو يوسفَ: إنْ كان المجبوبُ يُنْزِلُ فعليها العِدَّةُ؛ لأنّ المجبوبَ قد يقذِفُ بالماءِ فيَصِلُ إلى الرّحِمِ ويَثْبُتُ نَسَبُ ولَدِه فتجبُ العِدَّةُ احتياطًا، فإنْ جاءتْ بوَلَدٍ ما بينها وبين سَنَتَيْنِ [٢/ ٣٤ب] لَزِمَه ووَجَبَ لها جميعُ الصّداقِ؛ لأنّ الحكمَ بثَباتِ النّسَبِ يكونُ حكمًا بالدُّخولِ فيتأكَّدُ المهْرُ على قولِهما أيضًا، وإنْ كان لا يُنْزِلُ فلا عِدَّةَ عليها فإنْ جاءتْ بوَلَدٍ لأقَلَّ من سِتَّةِ أشهُرٍ ثبت نَسَبُه وإلاّ فلا يَثْبُتُ كالمُطَلَّقةِ قبلَ الدُّخولِ وكالمُعتَدَّةِ إذا أقَرَّتْ بانقِضاءِ العِدَّةِ ثم أتت بولد.

وأمَّا المانِعُ الشّرعيُّ فهو أنْ يكونَ أحدُهما صائمًا صومَ رمضانَ أو مُحْرِمًا بحَجَّةٍ فريضةٍ أو نَفْلٍ [4] أو بعُمْرةٍ أو تكونُ المرأةُ حائضًا أو نُفَساءَ؛ لأنّ كُلَّ ذلك مُحَرِّمٌ للوَطْءِ فكان مانِعًا من الوَطْءِ شرعًا، والحيضُ والنِّفاسُ يمنَعانِ منه طَبْعًا أيضًا؛ لأنّهما أذًى، والطَّبْعُ السّليمُ يَنفِرُ عن استِعمالِ الأذَى.

وأمَّا في غيرِ صومِ رمضانَ فقد رَوَى بشْرٌ عن أبي يوسفَ أنّ صومَ التّطَوُّعِ وقضاءَ

---

(١) في المخطوط: «ويصح».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «لو».
(٤) في المخطوط: «غير فريضة».

رمضانَ والكفَّاراتِ والنُّذورَ لا يمنَعُ صِحَّةَ الخلْوةِ. وذكر الحاكِمُ الجليلُ في مختصَرِه أنّ نَفْلَ الصّومِ كفَرْضِه فصار في المسألةِ روايتانِ.

(وجه روايةِ المختصرِ): أنّ صومَ التّطَوُّعِ يُحَرِّمُ [١] الفِطْرَ من غيرِ عُذْرٍ فصار كحَجِّ التّطَوُّعِ، وذا يمنَعُ صِحَّةَ الخلْوةِ كذا هذا.

(وجه روايةِ بشرٍ): أنّ صومَ غيرِ رمضانَ مَضْمونٌ بالقضاءِ لا غيرَ فلم يكنْ قَوِيًّا في معنى المنْعِ بخلافِ صومِ رمضانَ فإنّه يجبُ فيه القضاءُ والكفَّارةُ وكذا حَجُّ التّطَوُّعِ؛ فقَوِيَ [٢] المانِعُ.

ووجهٌ آخَرُ من الفرقِ بين صومِ التّطَوُّعِ وبين صومِ رمضانَ أنّ تحريمَ الفِطْرِ في صومِ التّطَوُّعِ من غيرِ عُذْرٍ غيرُ مقطوعٍ به لكونِه مَحَلَّ الاجتِهادِ. وكذا لُزومُ القضاءِ بالإفطارِ فلم يكنْ مانِعًا بيَقينٍ، وحُرْمةُ الإفطارِ في صومِ رمضانَ من غيرِ عُذْرٍ مقطوعٌ بها. وكذا لُزومُ القضاءِ [بالإفطار] [٣] فكان مانِعًا بيَقينٍ.

وأمَّا المانِعُ الطّبْعيُّ فهو [٤] أنْ يكونَ معهما ثالثٌ؛ لأنّ الإنسانَ يَكْرَه أنْ يُجامِعَ امرأتِه بحَضْرةِ ثالثٍ ويستَحي فيَنْقَبِضُ عن الوَطْءِ بمشهَدٍ منه، وسَواءٌ كان الثّالثُ بَصيرًا أو أعمَى يقظانًا أو نائمًا بالِغًا أو صَبيًّا بعدَ أنْ كان عاقِلاً رجلاً أو امرأةً أجنبيّةً أو مَنْكوحَتَه [٥]؛ لأنّ الأعمَى إنْ كان لا يُبْصِرُ فيُحِسُّ والنّائمُ يُحْتَمَلُ أنْ يستَيْقِظَ ساعةً فساعةً، فيَنْقَبِضُ الإنسانُ عن الوَطْءِ مع حُضورِه، والصّبيُّ العاقِلُ بمنزِلةِ الرّجُلِ يحتَشِمُ الإنسانُ منه كما يحتَشِمُ من الرّجُلِ، وإذا لم يكنْ عاقِلاً فهو مُلْحَقٌ بالبهائمِ لا يمتَنِعُ الإنسانُ عن الوَطْءِ لمكانِه ولا يلتفِتُ إليه، والإنسانُ يحتَشِمُ من المرأةِ الأجنَبيّةِ ويستَحي.

وكذا لا يَحِلُّ لها النّظَرُ إليهما فيَنْقَبِضانِ لمكانِها، وإذا كان هناك مَنْكوحةٌ له أُخرى أو تَزَوّجَ امرأتَيْنِ فخَلا بهما فلا يَحِلُّ لها النّظَرُ إليهما فيَنْقَبِضُ عنها، وقد قالوا: إنّه لا يَحِلُّ لرجلٍ [٦] أنْ يُجامعَ امرأتَه بمشهَدِ امرأةٍ [له] [٧] أُخرى، ولو كان الثّالثُ جاريةً له، فقد رُوِيَ أنّ محمّدًا كان يقولُ: أوّلاً تَصِحُّ خَلْوَتُه ثمّ رجع وقال: لا تَصِحُّ.

---

(١) في المخطوط: «محرمٌ».
(٢) في المخطوط: «وهو».
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المخطوط: «فنحو».
(٥) في المخطوط: «منكوحةً».
(٦) في المخطوط: «للرجل».
(٧) زيادة من المخطوط.

(وجه قولِه الأوّلِ): أنّ الأمةَ ليستْ لها حُرْمةُ الحُرَّةِ فلا يحتَشِمُ المولى منها؛ ولِذا يجوزُ لها النّظَرُ إليه فلا تَمْنَعُه عن الوَطْءِ.

(وجه قولِه الأخيرِ): أنّ الأمةَ إنْ كان يجوزُ لها النّظَرُ إليه لا يجوزُ لها النّظَرُ إليها، فتنقَبِضُ المرأةُ لذلك وكذا قالوا: لا يَحِلُّ له الوَطْءُ بمشهَدٍ منها كما لا يَحِلُّ بمشهَدِ امرأتِه الأُخرى. ولا خَلْوةَ في المسجِدِ والطّريقِ والصّحْراءِ وعلى سَطْحٍ لا حِجابَ عليه؛ لأنّ المسجِدَ يَجْمَعُ [1] النّاسَ للصّلاةِ، [و] [2]لا يُؤْمَنُ من الدُّخولِ عليه ساعةً فساعةً، وكذا الوَطْءُ في المسجِدِ حَرامٌ قال اللّه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِى ٱلْمَسَٰجِدِ﴾ [البقرة :١٨٧] والطّريقُ مَمرٌّ (النّاسِ لا تخلو) [3] عنهم عادةً، وذلك يوجِبُ الانقِباضَ فيمنَعُ [من] [4] الوَطْءِ. وكذا الصّحْراءُ والسّطْحُ من غيرِ حِجابٍ؛ لأنّ الإنسانَ يَنْقَبِضُ عن الوَطْءِ في مثلِه؛ لاحتِمالِ أنْ يحصُلَ هناك ثالثٌ أو يَنْظُرُ إليه أحدٌ، معلومٌ ذلك بالعادةِ.

ولو خَلا بها في حَجَلةٍ أو قُبّةٍ فأرخَى السِّتْرَ عليه فهو خَلْوةٌ صحيحةٌ؛ لأنّ ذلك في معنى البيتِ، ولا خَلْوةَ في النِّكاحِ الفاسِدِ لأنّ الوَطْءَ فيه حَرامٌ، فكان المانِعُ الشّرعيُّ قائمًا، ولأنّ الخلْوةَ مِمّا يتأكَّدُ به المهْرُ، وتَأكُّدُه بعدَ وُجوبه يكونُ، ولا يجبُ بالنِّكاحِ الفاسِدِ شيءٌ فلا يُتَصَوّرُ التّأكُّدُ، واللّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

ثمّ في كُلِّ موضِعٍ صَحَّتِ الخلْوةُ وتَأكَّدَ المهْرُ وجبتِ العِدَّةُ لأنّ الخلْوةَ الصّحيحةَ لَمّا أَوجبتْ كمالَ المهْرِ فلأَنْ توجِبَ العِدَّةَ أولى؛ لأنّ المهْرَ خالِصُ حَقِّ العبدِ، وفي العِدَّةِ حَقُّ اللّه تعالى فيُحْتاطُ فيها وفي كُلِّ موضِعٍ فسدتْ فيه الخلْوةُ لا يجبُ كمالُ المهْرِ.

وهل تجبُ العِدَّةُ؟

يَنْظُرُ في ذلك إنْ كان الفسادُ لمانِعٍ حقيقيٍّ لا تجبُ؛ لأنّه لا يُتَصَوّرُ الوَطْءُ مع وُجودِ المانِعِ الحقيقيِّ منه، وإنْ [٢/ ٣٥أ] كان المانِعُ شرعيًّا أو طَبْعيًّا تجبُ؛ لأنّ الوَطْءَ مع وُجودِ هذا النّوْعِ من المانِعِ مُمْكِنٌ فيُتَّهَمانِ في الوَطْءِ، فتجبُ العِدَّةُ عندَ الطّلاقِ احتياطًا واللّه عَزَّ وجَلَّ الموَفِّقُ.

---

(١) في المخطوط: «مجمع».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «الإنسان لا يخلو».

(٤) زيادة من المخطوط.

وأمَّا التأكُّدُ بموتِ أحدِ الزَّوْجَيْنِ فنقول: لا خلافَ في أنّ أحدَ الزَّوْجَيْنِ إذا ماتَ حَتْفَ أنْفِه قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ فيه تسميةٌ أنّه يتأكَّدُ المُسمَّى، سَواءٌ كانتِ المرأةُ حُرَّةً أو أمةً؛ لأنّ المهْرَ كان واجبًا بالعقدِ، والعقدُ لم يَنْفَسِخ بالموتِ بل انتهَى نِهايَته لأنّه عَقْدٌ ينعقد[1] للعُمْرِ فتنتَهي[2] نِهايَتُه عندَ انتِهاءِ العُمْرِ، وإذا انتَهَى يتأكَّدُ فيما مَضى، ويتقرَّرُ بمنزِلةِ الصَّومِ يتقرَّرُ بمَجيءِ الليلِ فيتقرَّرُ الواجبُ، ولأنّ كُلَّ المهرِ لَمَّا وجب بنفسِ العقدِ صار دَيْنًا عليه، والموتُ لم يُعرَفْ مُسقِطًا للدَّيْنِ في أُصُولِ الشّرعِ فلا يسقُطُ شيءٌ منه بالموتِ كسائرِ الدُّيونِ.

وكذا[3] إذا قُتِلَ أحدُهما، سَواءٌ كان قَتَلَه أجنبيٌّ أو قَتَلَ أحدُهما صاحِبَه أو قَتَلَ الزّوْجُ نفسَه. فأمَّا إذا قَتَلَتِ المرأةُ نفسَها، فإنْ كانتْ حُرَّةً، لا يسقُطُ عن الزّوْجِ شيءٌ من المهْرِ، بل يتأكَّدُ المهْرُ[4] عندَنا، وعندَ زُفر والشّافعيِّ يسقُطُ المهْرُ.

(وجه قولِهما): أنّها بالقتْلِ فوّتَتْ على الزّوْجِ حَقَّه في المُبْدَلِ فيسقُطُ حَقُّها في البدلِ كما إذا ارتَدَّتْ قبلَ الدُّخولِ أو قبَّلَتِ ابنَ زَوْجِها أو أباه.

(ولَنا): أنّ القتْلَ إنّما يَصيرُ تفويتًا للحَقِّ عندَ زُهوقِ الرّوحِ؛ لأنّه إنّما يَصيرُ[5] قتْلاً [في حَقِّ المحَلِّ][6] عندَ ذلك، والمهْرُ في تلك الحالةِ مِلْكُ الوَرَثةِ فلا يحتَمِلُ السّقوطَ بفعلِها. كما إذا قَتَلَها زَوْجُها أو أجنبيٌّ بخلافِ الرِّدَّةِ والتّقبيلِ؛ لأنّ المهْرَ وقتَ التّقبيلِ والرِّدَّةِ كان مِلْكَها فاحتَمَلَ السّقوطَ بفعلِها.

(كما إذا قَتَلَها زَوْجُها أو قتَلَ المولى أمَتَه)[7] سَقَطَ مَهْرُها في قولِ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ: لا يسقُطُ بل يتأكَّدُ.

(وجه قولِهما): أنّ الموتَ مُؤكِّدٌ للمَهْرِ، وقد وُجِدَ الموتُ؛ لأنّ المقتولَ مَيِّتٌ بأجَلِه فيتأكَّدُ[8] بالموتِ كما إذا قَتَلَها أجنبيٌّ أو قَتَلَها زَوْجُها وكالحُرَّةِ إذا قَتَلَتْ نفسَها؛ ولأنّ الموتَ إنّما أكَّدَ المهْرَ؛ لأنّه يَنْتَهي به النِّكاحُ، والشّيءُ إذا انتَهَى نِهايته يتقَرَّرُ، وهذا المعنى

---

(١) في المطبوع: «يعقد».
(٢) في المخطوط: «فينتهي».
(٣) في المخطوط: «كذلك».
(٤) في المخطوط: «الكل عليه».
(٥) في المخطوط: «يتم».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «وإن كانت أمة قتلها مولاها».
(٨) في المخطوط: «فتأكد».

موجودٌ في القتْلِ لأنّه يَنْتَهي به النّكاحُ فيتقَرَّرُ به المُبْدَلُ، وتقَرُّرُ المُبْدَلِ يوجِبُ تقَرُّرَ البدلِ.

(ولأبي حنيفة): أنّ مَنْ له البدلُ فوّتَ المُبْدَلَ على صاحِبه، وتفويتُ المُبْدَلِ على صاحِبه ممن يستحق البدل يوجِبُ سُقوطَ البدلِ، كالبائعِ إذا أتلَفَ المبيعَ قبلَ القبضِ أنّه يسقُطُ الثّمَنُ لما قلنا كذا هذا، ولا شَكَّ أنّه وُجِدَ تفويتُ المُبْدَلِ مِمَّنْ يستَحِقُّ البدلَ؛ لأنّ المُستَحِقَّ للمُبْدَلِ [١] هو المولى، وقد أخرج المُبْدَلَ عن كونِه مَمْلوكًا للزَّوْجِ، والدّليلُ على أنّ هذا يوجِبُ سُقوطَ البدلِ أنّ الزّوْجَ لا يَرْضَى بمِلْكِ البدلِ عليه بعدَ فواتِ المُبْدَلِ عن مِلْكِه فكان إيفاءُ البدلِ عليه - بعدَ زَوالِ المُبْدَلِ عن مِلْكِه - إضرارًا به.

والأصلُ في الضّرَرِ أنْ لا يكونَ فكان إقدامُ المولى على تفويتِ المُبْدَلِ عن مِلْكِ الزّوْجِ، والحالةُ هذه إسقاطًا للبَدَلِ دَلالةً فصار كما لو أسقَطَه نَصًّا بالإبراءِ بخلافِ الحُرَّةِ إذا قَتَلَتْ نفسَها؛ لأنّها وقتَ فواتِ المُبْدَلِ لم تكُنْ مُستَحِقَّةً للبَدَلِ لانتِقالِه إلى الوَرَثةِ على ما بَيّنّا، والإنسانُ لا يملِكُ إسقاطَ حَقِّ غيرِه، وههنا بخلافِه؛ ولأنّ المهْرَ وقتَ فواتِ المُبْدَلِ على الزّوْجِ مِلْكُ المولى وحَقُّه. والإنسانُ يملِكُ التّصَرُّفَ في مِلْكِ نفسِه استيفاءً وإسقاطًا فكان مُحْتَمِلاً للسُّقوطِ بتفويتِ المُبْدَلِ دَلالةً، كما كان مُحْتَمِلاً للسُّقوطِ بالإسقاطِ نَصًّا بالإبراءِ، وهو الجوابُ عَمَّا إذا قتَلَها زَوْجُها أو أجنبيٌّ؛ لأنّه لا حَقَّ للأجنبيِّ ولا للزَّوْجِ في مَهْرِها فلا يحتَمِلُ السّقوطَ بإسقاطِهِما، ولِهذا (لا يحتَمِلُ) [٢] السّقوطَ بإسقاطِهِما [نَصًّا] [٣] فكيفَ يحتَمِلُ السّقوطَ من طَريقِ الدّلالةِ؟.

والدّليلُ على التّفْرِقةِ بين هذه الفُصُولِ أنّ قَتْلَ الحُرَّةِ نفسَها لا يتعَلَّقُ به حكمٌ من أحكامِ الدُّنْيا فصار كموتِها حَتْفَ أنْفِها حتّى قال أبو حنيفةَ ومحمّدٌ: إنّها تُغَسَّلُ ويُصلّى عليها كما لو ماتَتْ حَتْفَ أنْفِها، وقَتْلُ المولى أمَتَه يتعَلَّقُ به وُجوبُ الكفَّارةِ، وقَتْلُ الأجنبيِّ إيّاها يتعَلَّقُ به وُجوبُ القِصاصِ إنْ كان عَمْدًا، والدِّيةُ والكفَّارةُ إنْ كان خَطَأً، فلم يكنْ قَتْلُها بمنزِلةِ الموتِ.

هذا إذا قَتَلَها المولى، فأمّا إذا قَتَلَتْ نفسَها فعن أبي حنيفةَ [فيه] روايتانِ:

رَوَى أبو يوسفَ عنه أنّه لا مَهْرَ لها.

---

(١) في المخطوط: «للبدل».

(٢) في المخطوط: «لم يحتمل». (٣) ليست في المخطوط.

ورَوَى محمّدٌ عنه أنّ لها المهْرَ وهو قولُهما.

(وجه الروايةِ الأولى): أنّ قَتْلَها نفسَها بمنزلةِ قَتْلِ المولى إيّاها بدليلِ أنّ جِنايتها كجِنايَتِه في بابِ الضّمانِ؛ لأنّها مَضْمونةٌ بمالِ المولى، ولو قَتَلَها المولى يسقُطُ [1] المهْرُ عندَه فكذا إذا قَتَلَتْ نفسَها.

(وجه الروايةِ الأخرى): أنّ البدلَ حَقُّ المولى ومِلْكُه، فتفويتُ المُبْدَلِ منها لا يوجِبُ بُطْلانَ حَقِّ المولى بخلافِ [٢/ ٣٥ب] جِنايةِ المولى.

والدّليلُ على التّفْرِقةِ بين الجِنايتيْنِ أنّ جِنايتها على نفسِها هَدَرٌ بدليلِ أنّه لا يتعَلَّقُ بها حكمٌ من أحكامِ الدُّنْيا، فالتَحَقَتْ بالعدَمِ وصارتْ [2] كأنّها ماتَتْ حَتْفَ أنْفِها بخلافِ جِنايةِ المولى عليها، فإنّها مَضْمونةٌ بالكفَّارةِ، وهي من أحكامِ الدُّنْيا، فكانتْ جِنايَتُه عليها مُعتَبَرةً فلا تُجْعَلُ بمنزِلةِ الموتِ واللّٰه عَزَّ وجَلَّ الموَفِّقُ.

وإذا تَأكَّدَ المهْرُ بأحدِ المعاني التي ذكرناها لا يسقُطُ بعدَ ذلك، وإنْ كانتِ الفُرْقةُ من قِبَلِها؛ لأنّ البدلَ بعدَ تَأكُّدِه لا يحتَمِلُ السّقوطَ إلاّ بالإبراءِ كالثّمَنِ إذا تَأكّدَ بقبضِ المبيعِ.

وأمّا إذا ماتَ أحدُ الزّوْجَيْنِ في نِكاحٍ لا تسميةَ فيه فإنّه يتأكّدُ مَهْرُ المثلِ عندَ أصحابِنا [3] وهو مذهبُ عبدِ اللّٰه بنِ مسعودٍ رضي الله عنهما، وعن عَلِيٍّ رضي الله عنه أنّ لها المُتْعةَ، وبه أخذ الشّافعيُّ إلاّ أنّه قال: مُتْعَتُها ما استَحَقَّتْ من الميراثِ لا غيرَ [4]، احتجَّ مَنْ قال بوُجوبِ المُتْعةِ بقولِه تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٦] وقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ﴾ إلى قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [الأحزاب:٤٩] أمرَ سبحانه وتعالى بالمُتْعةِ من غيرِ فصلٍ بين حالِ الموتِ وغيرِها، والنّصُّ وإنْ ورد في الطّلاقِ لكنّه يكونُ وارِدًا في الموتِ.

---

(١) في المخطوط: «السقط». (٢) في المخطوط: «صار».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٤٩١)، مختصر الطحاوى (ص ١٨٤)، المبسوط (٥/ ٦٢)، فتح القدير (٣/ ٣٢٤، ٣٢٥)، البناية في شرح الهداية (٤/ ٦٥٩)، حاشية رد المحتار (٣/ ١٠٨، ١٠٩).

(٤) مذهب الشافعية: أنه إذا مات أحد الزوجين قبل الوطء وقبل أن يفرض لها مهرًا فيه خلاف مبني على حديث ابن مسعود رضي الله عنه، فصحح النووي في الروضة الحديث ورجح وجوب مهر المثل للمفوضة التى مات عنها زوجها قبل الفرض والمسيس. انظر روضة الطالبين (٧/ ٢٨١، ٢٨٢)، مغنى المحتاج (٣/ ٢٢٩ - ٢٣١).

ألا ترى أنّ النّصّ ورد في صَريحِ الطّلاقِ ثمّ ثبت حكمُه في الكنايات من الإبانةِ والتّسريحِ والتّحريمِ ونحوِ [(١)] ذلك كذا ههنا.

(ولَنا): ما رَوَيْنا عن معقِلِ بنِ سِنانٍ أنّ رسولَ اللّه ﷺ قضَى في برْوَعَ بنتِ واشِقٍ - وقد ماتَ عنها زَوْجُها قبلَ أنْ يدخلَ بها - بمَهْرِ المثلِ [(٢)]؛ ولأنّ المعنى الذي له وجب كُلُّ المُسَمَّى بعدَ موتِ أحدِ الزّوْجَيْنِ في نِكاحٍ فيه تسميةٌ موجودٌ في نِكاحٍ لا تسميةَ فيه، وهو ما ذكرنا فيما تقدَّمَ، ولا حُجَّةَ له [(٣)] في الآيةِ [(٤)]؛ لأنّ فيها إيجابَ المُتْعةِ في الطّلاقِ لا في الموتِ، فمَنِ ادَّعَى إلحاقَ الموتِ بالطّلاقِ فلا بُدَّ له من دليلٍ آخَرَ، والله الموفق.

فصل [في بيان ما يسقط به كل المهر]

وأمّا بيانُ ما يسقُطُ به كُلُّ المهرِ، فالمهرُ كُلُّه يسقُطُ بأسبابٍ أربعةٍ:

منها: الفُرْقةُ بغيرِ طَلاقٍ قبلَ الدُّخولِ بالمرأةِ وقبلَ الخلْوةِ بها، (فكُلُّ فُرْقةٍ قد) [(٥)] حَصَلَتْ بغيرِ طَلاقٍ قبلَ الدُّخولِ وقبلَ الخلْوةِ تُسقِطُ جميعَ المهْرِ، سَواءٌ كانتْ من قِبَلِ المرأةِ أو من قِبَلِ الزّوْجِ [(٦)]، وإنّما كان كذلك لأنّ الفُرْقةَ بغيرِ طَلاقٍ تكونُ فسخًا للعَقْدِ، وفَسخُ العقدِ قبلَ الدُّخولِ يوجِبُ سُقوطَ كُلِّ المهْرِ؛ لأنّ فسخَ العقدِ رفعه من الأصلِ وجعله كأنْ لم يكنْ، وسَنُبَيِّنُ الفُرْقةَ التي تكونُ بغيرِ طَلاقٍ والتي تكونُ بطَلاقٍ - إنْ شاء اللّه تعالى - في موضِعِها.

ومنها: الإبراءُ عن كُلِّ المهْرِ قبلَ الدُّخولِ وبعدَه إذا كان المهْرُ دَيْنًا لأنّ الإبراءَ إسقاطٌ، والإسقاطُ مِمَّنْ هو من أهلِ الإسقاطِ في مَحَلٍّ قابِلٍ للسُّقوطِ يوجِبُ السّقوطَ.

ومنها: الخلْعُ على المهْرِ قبلَ الدُّخولِ وبعدَه، ثمّ إنْ كان المهْرُ غيرَ مقبوضٍ سَقَطَ عن الزّوْجِ، وإنْ كان مقبوضًا رَدَّتْه على الزّوْجِ.

وإنْ كان خالَعَها على مالٍ سِوَى المهْرِ يلزَمُها ذلك [المالُ] [(٧)] ويَبْرأُ الزّوْجُ عن كُلِّ حَقٍّ وجب لها عليه بالنّكاحِ كالمهْرِ والنّفَقةِ الماضيةِ في قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنّ الخلْعَ وإنْ كان

---

(١) في المخطوط: «وغير».
(٢) تقدم.
(٣) في المخطوط: «لهم».
(٤) في المخطوط: «الولاية».
(٥) في المخطوط: «بكل فرقة».
(٦) في المخطوط: «الرجل».
(٧) ليست في المخطوط.

طَلاقًا بعِوَضٍ عندَنا لكنْ فيه معنى البراءةِ لما نذكرُه - إنْ شاء اللَّه تعالى - في مسألةِ المُخالَعةِ والمُباراَةِ في كتابِ الطّلاقِ في بيانِ حكمِ الخلْعِ وعَمَلِه [(١)] إنْ شاء اللَّه تعالى.

ومنها: هِبةُ كُلِّ المهْرِ [(٢)] قبلَ القبضِ عَيْنًا كان أو دَيْنًا، وبعدَه إذا كان عَيْنًا، وجُمْلةُ الكلامِ في هِبةِ المهْرِ أنّ المهْرَ لا يخلو.

إمَّا أنْ يكونَ عَيْنًا وهو أنْ يكونَ مُعَيّنًا مُشارًا إليه مِمَّا يَصِحُّ تعيينُه.

وإمَّا أنْ يكونَ دَيْنًا وهو أنْ يكونَ في الذِّمَّةِ كالدّراهِمِ والدّنانيرِ مُعَيّنةً كانتْ أو غيرَ مُعَيّنةٍ، والمكيلاتِ والموزوناتِ في الذِّمَّةِ، والحيَوانِ في الذِّمَّةِ كالعبدِ والفرَسِ، والعرْضِ في الذِّمَّةِ كالثّوبِ الهرَوِيِّ، والحالُ [(٣)] لا يخلو إمَّا أنْ يكونَ قبلَ القبضِ، وإمَّا أنْ يكونَ بعدَ القبضِ وهَبَتْ كُلَّ المهْرِ أو بعضَه، فإنْ وهَبَتْه [(٤)] كُلَّ المهْرِ قبلَ القبضِ ثمّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها، فلا شيءَ له عليها، سَواءٌ كان المهْرُ عَيْنًا أو دَيْنًا في قولِ أصحابِنا الثّلاثةِ.

وقال زُفَرُ: يرجعُ عليها بنصفِ المهْرِ إنْ كان دَيْنًا وبه أخذ الشّافعيُّ.

(وجه قولِ زُفر): أنّها بالهِبةِ تَصَرَّفَتْ في المهْرِ بالإسقاطِ، وإسقاطُ الدّيْنِ استِهْلاكُه، والاستِهْلاكُ يتضَمَّنُ القبضَ فصار كأنّها قَبَضَتْ ثمّ وهَبَتْ.

(ولَنا): أنَّ الذي يستَحِقُّه الزّوْجُ بالطّلاقِ قبلَ القبضِ [(٥)] عاد إليه من جِهَتِها بسببٍ لا يوجِبُ الضّمانَ؛ لأنّه يستَحِقُّ نصفَ المهْرِ فقد عاد إليه بالهِبةِ والهِبةُ لا توجِبُ الضّمانَ، فلا يكونُ له حَقُّ الرّجوعِ عليها بالنّصفِ كالنّصفِ الآخَرِ.

[٢/ ٣٦أ]وإنْ وهَبَتْ بعدَ القبضِ فإنْ كان الموهوبُ عَيْنًا فقَبَضَه ثمّ (وهَبَه منها) [(٦)] لم يرجع عليها بشيءٍ لأنّ ما تستَحِقُّه [(٧)] بالطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ هو نصفُ الموهوبِ بعَيْنِه، وقد رجع إليه بعَقْدٍ لا يوجِبُ الضّمانَ فلم يكنْ له الرّجوعُ عليها، وإنْ كانتْ [(٨)] دَيْنًا في الذِّمَّةِ فإنْ كان حيوانًا أو عَرَضًا فكذلك لا يرجعُ عليها بشيءٍ؛ لأنّ الذي تستَحِقُّه بالطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ نصفُ ذلك الشّيءِ بعَيْنِه من العبدِ والثّوبِ فصار كأنّه تَعَيّنَ بالعقدِ.

---

(١) في المخطوط: «علمه».

(٢) في المخطوط: «مهر».

(٣) في المخطوط: «فالحال».

(٤) في المخطوط: «وهبت».

(٥) في المخطوط: «الدخول».

(٦) في المخطوط: «وهبته منه».

(٧) في المخطوط: «يستحقه».

(٨) في المخطوط: «كان».

وإنْ كان دَراهِمَ أو دَنانيرَ مُعَيّنةً أو غيرَ مُعَيّنةٍ أو مَكيلاً أو موزونًا سِوَى الدّراهِمِ والدّنانيرِ فقَبَضَتْه ثمّ وهَبَتْه منه ثمّ طَلَّقَها يرجعُ عليها بمثلِ نصفِه؛ لأنّ المُستَحَقَّ بالطّلاقِ ليس هو الذي وهَبَتْه بعَيْنِه، بل مثلُه بدليلِ أنّها كانتْ مُخَيّرةً في الدّفْعِ إنْ شاءتْ دَفَعَتْ ذلك بعَيْنِه وإنْ شاءتْ دَفَعَتْ مثلَه كما كان الزّوْجُ مُخَيّرًا في الدّفْعِ إليها بالعقدِ [1] فلم يكنِ العائدُ إليه عَيْنَ ما يستَحِقُّه بالطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ فصار كأنّها وهَبَتْ [2] مالاً آخَرَ، ولو كان كذلك لَرجع عليها بمثلِ نصفِ الصّداقِ كذا هذا.

وقال زُفَرُ: في الدّراهِمِ والدّنانيرِ إذا كانتْ مُعَيّنةً فقَبَضَتْها ثمّ وهَبَتْها ثمّ طَلَّقَها أنّه لا رُجوعَ للزَّوْجِ عليها بشيءٍ بناءً على أنّ الدّراهِمَ والدّنانيرَ عندَه تتَعَيّنُ بالعقدِ فتتَعَيّنُ بالفسخِ أيضًا كالعُروضِ، وعندَنا لا تتَعَيّنُ بالعقدِ فلا تتَعَيّنُ بالفسخِ، والمسألةُ ستَأتي في كتابِ البُيوعِ. وكذلك إذا كان المهْرُ دَيْنًا فقَبَضَتِ الكُلَّ، ثمّ وهَبَتِ البعضَ [3] فلِلزَّوْجِ أنْ يرجعَ عليها بنصفِ المقبوضِ؛ لأنّ له أنْ يرجعَ عليها إذا وهَبَتِ الكُلَّ فإذا وهَبَتِ البعضَ أولى.

وإذا [4] قَبَضَتِ النّصفَ ثمّ وهَبَتِ النّصفَ الباقيَ أو وهَبَتِ الكُلَّ ثمّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها قال أبو حنيفةَ: لا يرجعُ الزّوْجُ عليها بشيءٍ. وقال أبو يوسفَ ومحمّدٌ: يرجعُ عليها برُبُعِ المهْرِ.

(وجه قولِهما): أنّ المُستَحَقَّ للزّوْجِ بالطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ نصفُ المهْرِ، فإذا قَبَضَتِ النّصفَ دونَ النّصفِ فقد استَحَقَّ النّصفَ مُشاعًا فيما في ذِمَّتِه وفيما قَبَضَتْ، فكان نصفُ النّصفِ وهو رُبُعُ الكُلِّ في ذِمَّتِه ونصفُ النّصفِ فيما قَبَضَتْ، إلاّ أنّها إذا لم تَكُنْ وهَبَتْه حتّى طَلَّقَها لم يرجع عليها بشيءٍ؛ لأنّه صار ما في ذِمَّتِه قِصاصًا بمالِه عليها، فإذا وهَبَتْ بَقِيَ حَقُّه في نصفِ ما في يَدِها - وهو الرّبُعُ - فيرجعُ عليها بذلك.

(ولأبي حنيفةَ): أنّ الذي يستَحِقُّه الزّوْجُ بالطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ ما في ذِمَّتِه بدليلِ أنّها لو لم تَكُنْ وهَبَتْ وطَلَّقَها لم [5] يرجع [عليها] [6] بشيءٍ، وقد عاد إليه ما كان في ذِمَّتِه بسببٍ لا يوجِبُ الضّمانَ وهو الهِبةُ، فلا يكونُ له الرّجوعُ بشيءٍ.

---

(١) في المخطوط: «في العقد».
(٢) في المخطوط: «وهبته».
(٣) في المخطوط: «النصف».
(٤) في المخطوط: «ولو».
(٥) في المخطوط: «لا».
(٦) ليست في المخطوط.

ولو كان المهْرُ جاريةً فوَلَدَتْ بعدَ القبضِ أو جَنَى عليها فوَجَبَ [(١)] الأرشُ.

أو كان شَجَرًا فأثمرَ أو دخله عَيْبٌ ثمّ وهَبَتْه منه ثمّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها رجع عليها بنصفِ القيمةِ؛ لأنّ حَقَّ الزّوْجِ يَنْقَطِعُ عن العيْنِ بهذه العوارِضِ بدليلِ أنّه لا يجوزُ له أخذُها مع الزّيادةِ، وإذا كان حَقُّه مُنْقَطِعًا عنها، لم يَعُدْ إليه بالهِبةِ ما استَحَقَّه بالطّلاقِ، فكان له قيمَتُها [(٢)]، وإذا حَدَثَ به عَيْبٌ فالحقُّ وإنْ لم يَنْقَطِع عن العيْنِ به لكنْ يجوزُ له تركُه مع العيْبِ، فلم يكنِ الحقُّ مُتَعَلِّقًا بالعيْنِ على سبيلِ اللُّزومِ ولم [(٣)] يكنِ الواصِلُ إلى الزّوْجِ عَيْنَ ما يستَحِقُّه بالطّلاقِ.

ولو كانتِ الزّيادةُ في بَدَنِها فوَهَبَتْها له ثمّ طَلَّقَها كان له أنْ يَضْمَنَها في قولِ أبي يوسفَ وأبي حنيفةَ خلافًا لمحمّدٍ بناءً على أنّ الزّيادةَ المُتَّصِلةَ [لا] [(٤)] تَمْنَعُ التّنْصيفَ عندَهما، وعندَه تَمْنَعُ، وإذا [(٥)] باعَتْه المهْرَ أو وهَبَتْه على عِوَضٍ ثمّ طَلَّقَها رجع [(٦)] عليها بمثلِ نصفِه، فيما له مثلٌ وبنصفِ القيمةِ فيما لا مثلَ له؛ لأنّ المهْرَ عاد إلى الزّوْجِ بسببٍ يتعَلَّقُ به الضّمانُ فوَجَبَ له الرّجوعُ، وإذا ثبت له الرّجوعُ ضَمِنَها كما لو باعَتْه من أجنَبيٍّ ثمّ اشتَراه الزّوْجُ من الأجنَبيِّ ثمّ إنْ كانتْ باعَتْ قبلَ القبضِ فعليها نصفُ القيمةِ يومَ البيْعِ؛ لأنّه دخل في ضَمانِها بالبيْعِ، وإنْ كانتْ قَبَضَتْ ثمّ باعَتْ فعليها نصفُ القيمةِ يومَ القبضِ؛ لأنّه دخل في ضَمانِها بالقبضِ واللّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

فصل [في بيان ما يسقط به نصف المهر]

وأمّا بيانُ ما يسقُطُ به نصفُ المهْرِ، فما يسقُطُ به نصفُ المهْرِ نوعانِ:

نوعٌ يسقُطُ به نصفُ المهْرِ صُورةً ومعنًى.

ونوعٌ يسقُطُ به نصفُ المهْرِ معنًى والكُلُّ صُورةً.

أمّا النّوْعُ الأوّلُ فهو الطّلاقُ قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ فيه تسميةُ المهْرِ، والمهْرُ دَيْنٌ لم يُقْبَضْ بعدُ.

---

(١) في المخطوط: «حتى وجب».

(٢) في المخطوط: «أن يضمنها».

(٣) في المخطوط: «أو لم».

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) في المخطوط: «ولو».

(٦) في المخطوط: «يرجع».

وجُمْلَةُ الكلامِ فيه أنّ الطّلاقَ قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ فيه تسميةٌ قد يسقُطُ به عن الزّوْجِ نصفُ المهْرِ، وقد يَعودُ به إليه النّصفُ، وقد يكونُ له به مثلُ النّصفِ صُورةً ومعنًى [٢/ ٣٦ب] أو معنًى لا صُورةً، وبيانُ هذه الجُمْلةِ أنّ المهْرَ المُسَمَّى إمَّا أنْ يكونَ دَيْنًا وإمَّا أنْ يكونَ عَيْنًا، وكُلُّ ذلك لا يخلو إمَّا أنْ يكونَ مقبوضًا وإمَّا أنْ يكونَ غيرَ مقبوضٍ، فإنْ كان دَيْنًا فلم [١] يقبِضْه حتّى طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها سَقَطَ نصفُ المُسَمَّى بالطّلاقِ وبَقِيَ النّصفُ.

هذا طَريقُ عامَّةِ المشايخِ.

وقال بعضُهم: إنّ الطّلاقَ قبلَ الدُّخولِ يُسقِطُ جميعَ المُسَمَّى، وإنّما يجبُ نصفٌ آخرُ ابتِداءً على طَريقةِ [٢] المُتْعةِ لا بالعقدِ إلاَّ أنّ هذه المُتْعةَ مُقَدَّرةٌ بنصفِ المُسَمَّى، والمُتْعةُ في الطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ لا تسميةَ فيه غيرُ مُقَدَّرةٍ بنصفِ مَهْرِ المثلِ، وإلى هذا الطّريقِ ذهب الكَرْخيُّ والرّازي وكذا رُوِيَ عن إبراهيمَ النّخعيّ أنّه قال في الذي طَلَّقَ قبلَ الدُّخولِ وقد سَمَّى لها: [إنّ لها] [٣] نصفَ المهْرِ، وذلك مُتْعَتُها.

واحتَجُّوا بقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَاۖ فَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٤٩] أوجب اللّه تعالى المُتْعةَ في الطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ من غيرِ فصلٍ بين ما إذا كان في النّكاحِ تسميةٌ أو لم يكنْ؛ إلاَّ أنّ هذه المُتْعةَ قُدِّرَتْ بنصفِ المُسَمَّى بدليلٍ آخرَ وهو قولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، ولأنّ النّكاحَ انفَسَخَ بالطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ؛ لأنّ المعقودَ عليه عاد سَليمًا إلى المرأةِ، وسَلامةُ المُبْدَلِ لأحدِ المُتعاقِدَيْنِ يقتضي سَلامةَ البدلِ للآخرِ كما في الإقالةِ في بابِ البيْعِ قبلَ القبضِ، وهذا لأنّ المُبْدَلَ [٤] إذا عاد سَليمًا إلى المرأةِ فلو لم تُسَلِّم البدلَ (إلى الزّوْجِ) [٥] لاجتمع البدلُ والمُبْدَلُ في مِلْكٍ واحِدٍ في عَقْدِ المُعاوَضةِ وهذا لا يجوزُ، ولِهذا المعنى سَقَطَ الثّمَنُ عن المشتَري بالإقالةِ قبلَ القبضِ كذا المهْرُ.

ولِعامَّةِ المشايِخِ قولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَإِن طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدۡ فَرَضۡتُمۡ لَهُنَّ

---

(١) في المخطوط: «لم».
(٢) في المخطوط: «طريق».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «البدل».
(٥) في المخطوط: «للزوج».

فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة:٢٣٧] أوجب سبحانه وتعالى نصفَ المفروضِ، فإيجابُ نصفٍ آخرَ على طَريقِ المُتْعةِ إيجابُ ما ليس بمفروضٍ، وهذا خلافُ النّصِّ، ولأنّ الطّلاقَ تَصَرُّفٌ في المِلْكِ بالإبطالِ وضْعًا؛ لأنّه موضوعٌ لرَفْعِ القيْدِ وهو المِلْكُ فكان تَصَرُّفًا في المِلْكِ ثمّ إذا بَطَلَ المِلْكُ لا يبقى النّكاحُ في المُستقبَلِ ويَنْتَهي لعَدَم فائدةِ البقاءِ ويتقرَّرُ فيما مَضَى بمنزلةِ الإعتاقِ؛ لأنّه [(١)] إسقاطُ المِلْكِ [(٢)] فيكونُ تَصرُّفًا في المِلْكِ ثمّ السّبَبُ يَنْتَهي في المُستقبَلِ؛ لعَدَمِ فائدةِ البقاءِ، ويتقرّرُ فيما مَضَى كذا الطّلاقُ. وكان ينبغي أنْ لا يسقُطَ شيءٌ من المهْرِ كما لا يسقُطُ بالموتِ إلاّ أنّ سُقوطَ النّصفِ ثبت بدليلٍ؛ ولأنّ المهْرَ يجبُ بإحداثِ مِلْكِ المُتْعةِ جَبْرًا للذُّلِّ بالقدرِ المُمْكِنِ، وبالطّلاقِ لا يتبيّنُ أنّ المِلْكَ لم يكنْ إلاّ أنّه سَقَطَ النصف بالنّصِّ.

وأمّا النّصُّ فقد قِيلَ: إنّه منسوخٌ بالنّصِّ الذي في سورةِ البقرةِ وهو قولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ الآيةَ أو يُحمَلُ الأمرُ بالتّمتُّعِ على النّدْبِ والاستحبابِ أو يُحمَلُ على الطّلاقِ في نِكاحٍ لا تسميةَ فيه عَمَلاً بالدّلائلِ.

وقولُهم: الطّلاقُ فسْخٌ للنّكاحِ مَمْنوعٌ، بل هو تَصرُّفٌ في المِلْكِ بالقطْعِ والإبطالِ، فيظهرُ أثرُه في المُستقبَلِ كالإعتاقِ، وبه تَبيّنَ أنّ المعقودَ عليه ما عاد إلى المرأةِ؛ لأنّ المعقودَ عليه هو مِلْكُ المُتْعةِ وأنّه لا يَعودُ إلى المرأةِ بل يَبْطُلُ مِلْكُ الزّوْجِ عن المُتْعةِ بالطّلاقِ ويَصيرُ لها في المُستقبَلِ إلاّ أنْ يَعودَ، أو يُقالُ: إنّ الطّلاقَ قبلَ الدُّخولِ يُشْبِه الفسخَ لما قالوا، ويُشْبِه الإبطالَ لما قلنا: وشِبْه الفسخِ يقتضي سُقوطَ كُلِّ البدلِ كما في الإقالةِ قبلَ القبضِ، وشِبْه الإبطالِ يقتضي أنْ لا يسقُطَ شيءٌ من البدلِ كما في الإعتاقِ قبلَ القبضِ فيتنَصّفُ توفيرًا للحكم على الشّبَهينِ عَمَلاً بهما بقدرِ الإمكانِ، والدّليلُ على صِحّةِ هذا الطّريقِ ما ظهر من القولِ عن أصحابِنا فيمَنْ تَزَوّجَ امرأةً على خمسٍ من الإبِلِ السّائمةِ وسَلَّمَها إلى المرأةِ فحالَ عليها الحولُ ثمّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها أنّه يسقُطُ عنها نصفُ الزّكاةِ. ولو سَقَطَ المُسَمّى كُلُّه ثمّ وجب نصفُه بسببٍ آخرَ لَسَقَطَ كُلُّ الزّكاةِ؛ ولأنّ القولَ - بسُقوطِ كُلِّ المهْرِ ثمّ بوجوبُ نصفِه - غيرُ مُفيدٍ، والشّرعُ لا يَرِدُ بما لا فائدةَ فيه واللّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

---

(١) في المخطوط: «إنه».

(٢) في المخطوط: «للملك».

ولو شَرَطَ مع المُسَمَّى الذي هو مالٌ ما ليس بمالٍ بأنْ تَزَوّجَها على ألفِ دِرْهَم، وعلى أنْ يُطَلِّقَ امرأتَه الأُخرى أو على أنْ لا يُخرِجَها من بَلَدِها ثمّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها فلَها نصفُ المُسَمَّى وسَقَطَ الشّرطُ؛ لأنّ هذا شرطٌ إذا لم يَقَعِ الوَفاءُ به يجبُ تَمامُ مَهْرِ المثلِ، ومَهْرُ المثلِ لا يَثْبُتُ (في الطّلاقِ) (١) قبلَ الدُّخولِ فسَقَطَ اعتِبارُه فلم يَبْقَ إلاّ المُسَمَّى فيتنَصّفُ.

وكذلك إنْ شَرَطَ مع المُسَمَّى شيئًا مجهولاً كما إذا تَزَوّجَها على ألفِ دِرْهَم وكَرامَتِها أو على ألفِ دِرْهَمٍ وأنْ يُهْديَ إليها هَديّةً ثمّ طَلَّقَها [٢/ ٣٧أ] قبلَ الدُّخولِ بها فلَها نصفُ المُسَمَّى؛ لأنّه إذا لم يَفِ بالكرامةِ والهديّةِ يجبُ تَمامُ مَهْرِ المثلِ، ومَهْرُ المثلِ لا (مَدْخَلَ له) (٢) في الطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ فسَقَطَ اعتِبارُ هذا الشّرطِ.

وكذلك لو تَزَوّجَها على ألفٍ أو على ألفَيْنِ حتّى وجب مَهْرُ المثلِ في قولِ أبي حنيفةَ، وفي قولِهما: الأقلُّ ثمّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها فلَها نصفُ الألفِ بالإجماعِ، أمّا عندَ أبي حنيفةَ فلأنّ الواجبَ هو مَهْرُ المثلِ، وأنّه لا يَثْبُتُ في الطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ. وأمّا عندَهما [فلأنّ الواجبَ] (٣) (٤) هو الأقلُّ فيتنَصّفُ.

وكذلك لو تَزَوّجَها على ألفٍ إنْ لم يكنْ له امرأةٌ، وعلى ألفَيْنِ إنْ كانتْ له امرأةٌ حتّى فسد الشّرطُ التّالي (٥) عندَ أبي حنيفةَ فطَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ، فلَها نصفُ الأقلِّ (٦) لما قلنا. وعندَهما الشّرطانِ جائزانِ فأيُّهما وُجِدَ فلَها نصفُ ذلك بالطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ.

ولو تَزَوّجَها على أقلَّ من عشرةٍ ثمّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها فلَها نصفُ ما سَمَّى وتَمامُ خمسةِ دَراهِمَ؛ لأنّ تسميةَ ما دونَ العشرةِ تسميةٌ للعشرةِ عندَنا فكأنّه تَزَوّجَها على ذلك الشّيءِ وتَمامِ عشرةِ دَراهِمَ.

وإنْ (٧) كان قد قَبَضَتْه فإنْ كان دَراهِمَ أو دَنانيرَ مُعَيّنةً أو غيرَ مُعَيّنةٍ أو كان مَكيلاً أو موزونًا في الذِّمّةِ فقَبَضَتْه وهو قائمٌ في يَدِها فطَلَّقَها فعليها رَدُّ نصفِ المقبوضِ وليس عليها

---

(١) في المخطوط: «بالطلاق».
(٢) في المخطوط: «يدخل».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) زاد في المخطوط: «و».
(٥) في المخطوط: «الثاني».
(٦) في المخطوط: «الألف».
(٧) في المخطوط: «فإن».

رَدُّ عَيْنِ ما قَبَضَتْ؛ لأنّ عَيْنَ المقبوضِ لم (يكنْ واجبًا) (١) بالعقدِ فلا (يكنْ واجبًا) (٢) بالفسخِ. وأمّا على أصلِ زُفر فالدّراهِمُ والدّنانيرُ تتعيّنُ بالعقدِ فتتعيّنُ بالفسخِ فعليها رَدُّ نصفِ عَيْنِ المقبوضِ إنْ كان قائمًا.

وإنْ كان عبدًا وسَطًا أو ثَوْبًا وسَطًا فسَلَّمَه إليها ثمّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها فعليها رَدُّ نصفِ المقبوضِ؛ لأنّ العبدَ لا مثلَ له، والأصلُ فيما لا مثلَ له أنّه لا يجبُ في الذِّمّةِ إلاّ أنّه وجب الوَسَطُ منه في الذِّمّةِ وتَحَمَّلَتِ الجهالةَ فيه لما ذكرنا فيما تقدَّمَ، فإذا تَعَيّنَ بالقبضِ كان إيجابُ نصفِ العيْنِ أعدَلَ من إيجاب المثلِ أو القيمةِ فوَجَبَ عليها رَدُّ نصفِ عَيْنِ المقبوضِ كما لو كان مُعَيّنًا فقَبَضَتْه ولا يملِكُه الزّوْجُ بنفسِ الطّلاقِ لما نذكرُ، [و] (٣) هذا إذا كان المهْرُ دَيْنًا فقَبَضَتْه (أو لم) (٤) تقبِضْه حتّى ورد الطّلاقُ قبلَ الدُّخولِ.

فأمّا إذا كان عَيْنًا بأنْ كان مُعَيّنًا مُشارًا إليه مِمّا يحتَمِلُ التّعيينَ كالعبدِ والجاريةِ وسائرِ الأعيانِ فلا يخلو إمّا أنْ كان بحالِه (٥) لم يزِدْ ولم يَنْقُصْ وإمّا أنْ زادَ أو نَقَصَ فإنْ كان بحالِه لم يزِدْ ولم يَنْقُصْ فإنْ كان غيرَ مقبوضٍ فطَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها عاد المِلْكُ في النّصفِ إليه بنفسِ الطّلاقِ، ولا يحتاجُ للعَوْدِ إليه إلى الفسخِ والتّسليمِ (٦) منها حتّى لو كان المهْرُ أمةً فأعتقَها الزّوْجُ قبلَ الفسخِ والتّسليم يَنْفُذُ إعتاقُه في نصفِها بلا خلافٍ، وإنْ كان مقبوضًا لا يَعودُ المِلْكُ في النّصفِ [إليه] (٧) بنفسِ الطّلاقِ ولا يَنْفَسِخُ مِلْكُها في النّصفِ حتّى يَفْسَخَه الحاكِمُ أو تُسلِّمَه المرأةُ.

وذكر ذلك في الزِّياداتِ وزادَ عليه الفسخَ من الزّوْجِ وهو أنْ يقولَ: (قد فسَخت) هذا جوابُ ظاهرِ الرِّوايةِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه يَنْفَسِخُ مِلْكُها في النّصفِ بنفسِ الطّلاقِ وهو قولُ زُفر حتّى لو كان المهْرُ أمةً فأعتقَها قبلَ الفسخِ والتّسليمِ جاز إعتاقُها في جميعِها، ولا يجوزُ إعتاقُ الزّوْجِ فيها وعلى قولِ أبي يوسفَ لا يجوزُ إعتاقُها إلاّ في النّصفِ ويجوزُ إعتاقُ الزّوْجِ في نصفِها.

---

(١) في المخطوط: «تكن واجبةً».
(٢) في المخطوط: «تكون واجبةً».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «ولم».
(٥) في المخطوط: «على حاله».
(٦) في المخطوط: «أو التسليم».
(٧) ليست في المخطوط.

(وجه قولِ ابي يوسفَ): أنّ الموجِبَ للعَوْدِ هو الطّلاقُ، وقد وُجِدَ فيَعودُ مِلْكُ الزّوْجِ كالبيْعِ إذا فُسِخَ قبلَ القبضِ أنّه يَعودُ مِلْكُ البائعِ بنفسِ الفسخِ كذا هذا.

(وجه قولِهما): أنّ العقدَ وإنِ انفَسَخَ بالطّلاقِ فقد بَقِيَ القبضُ بالتّسليطِ الحاصِلِ بالعقدِ وأنّه من أسبابِ المِلْكِ عندَنا فكان سببُ المِلْكِ قائمًا، [فكان المِلْكُ قائمًا] [1] فلا يزولُ إلاّ بالفسخِ من القاضي؛ لأنّه فسَخَ سببَ المِلْكِ أو بتسليمِها؛ لأنّ تسليمَها نَقْضٌ للقبضِ حقيقةً أو بفَسخِ الزّوْجِ على روايةِ الزِّياداتِ؛ لأنّه بمنزلةِ المقبوضِ بحكمِ عَقْدٍ فاسِدٍ، وكُلُّ واحِدٍ من العاقِدَيْنِ بسبيلٍ من فسخِ عَقْدِ البيْعِ [الفاسِدِ] [2]، وصار كما لو اشترى عبدًا بجاريةٍ فقَبَضَ العبدَ ولم يُسَلِّم الجاريةَ حتّى هَلَكَتِ الجاريةُ في يَدِه أنّه يَنْفَسِخُ العقدُ في الجاريةِ ويبقى المِلْكُ في العبدِ المقبوضِ إلى أنْ يستَرِدَّه، كأنّه مقبوضٌ بحكمِ عَقْدٍ فاسِدٍ كذا هذا؛ ولأنّ المهْرَ بَدَلٌ يُمْلَكُ بالعقدِ مِلْكًا مُطْلَقًا فلا يَنْفَسِخُ المِلْكُ فيه بفعلِ أحدِ العاقِدَيْنِ كالثّمَنِ في بابِ البيْعِ بخلافِ ما قبلَ القبضِ لأنّ غيرَ القبضِ [3] ليس بمَمْلوكٍ مِلْكًا مُطْلَقًا هذا إذا كان المهْرُ بحالِه لم يزِدْ ولم يَنْقُصْ.

فأمّا إذا زادَ فالزِّيادةُ لا تخلو إمّا أنْ كانتْ (في المهْرِ أو على) [4] المهْرِ، فإنْ كانتْ على المهْرِ بأنْ سَمَّى الزّوْجُ لها ألفًا ثمّ زادَها بعدَ [٢/ ٣٧ب] العقدِ مِائةً ثمّ طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها فلَها نصفُ الألفِ وبَطَلَتِ الزِّيادةُ في ظاهرِ الرِّوايةِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّ لها نصفَ الألفِ ونصفَ الزِّيادةِ أيضًا.

(وجه (روايةِ ابي يوسفَ) [5]: قولُه عزَّ وجلَّ: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] والزِّيادةُ مفروضةٌ فيجبُ تنصيفُها (في الطّلاقِ) [6] قبلَ الدُّخولِ؛ ولأنّ الزِّيادةَ تَلْتَحِقُ بأصلِ العقدِ على أصلِ أصحابِنا كالزِّيادةِ في الثّمَنِ في بابِ البيْعِ، ويُجْعَلُ كأنّ العقدَ ورد على الأصلِ والزِّيادةِ جميعًا، فيتنَصّفُ بالطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ كالأصلِ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «المقبوض».
(٤) في المخطوط: «على المهر وإما أن كانت في».
(٥) في المخطوط: «قوله ظاهر».
(٦) في المخطوط: «بالطلاق».

(وجه ظاهرِ الروايةِ): أنّ هذه الزِّيادةَ لم تَكُنْ مُسَمَّاةً في العقدِ حقيقةً، وما لم يكنْ مُسَمًّى في العقدِ فوُرودُ الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ يُبْطِلُه كمَهْرِ المثلِ.

وأمّا قولُه: الزِّيادةُ تَلْتَحِقُ بأصلِ العقدِ قلنا [(١)]: الزِّيادةُ على المهْرِ لا تَلْتَحِقُ بأصلِ العقدِ لأنّها وُجِدَتْ مُتَأخِّرةً عن العقدِ حقيقةً، وإلحاقُ المُتَأخِّرِ عن العقدِ بالعقدِ خلافُ الحقيقةِ فلا يُصارُ إليه إلاَّ لحاجةٍ، والحاجةُ إلى ذلك في بابِ البيْعِ؛ لكونِه عَقْدَ مُعايَنةٍ ومُبادَلةَ المالِ بالمالِ فتقَعُ الحاجةُ إلى الزِّيادةِ دَفْعًا للخُسرانِ، وليس النِّكاحُ عَقْدَ مُعايَنةٍ ولا مُبادَلةَ المالِ بالمالِ (ولا يُحْتَرَزُ به) [(٢)] عن الخسرانِ فلا ضرورةَ إلى تَغْييرِ الحقيقةِ.

وأمّا النّصُّ: فالمُرادُ منه الفرضُ في العقدِ لأنّه هو المُتعارَفُ فيَنْصَرِفُ المُطْلَقُ إليه، والدّليلُ عليه قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِۚ﴾ [النساء: ٢٤] فدَلَّ أنّ الزِّيادةَ ليستْ بفَريضةٍ وإنْ كانتْ في المهْرِ، فالمهْرُ لا يخلو إمَّا أنْ يكونَ في يَدِ الزّوْجِ، وإمَّا أنْ يكونَ في يَدِ المرأةِ، فإنْ كان في يَدِ الزّوْجِ، فالزِّيادةُ لا تخلو إمَّا أنْ كانتْ مُتَّصِلةً بالأصلِ وإمَّا أنْ كانتْ مُنْفَصِلةً عنه، والمُتَّصِلةُ لا تخلو من أنْ تكونَ مُتولِّدةً من الأصلِ كالسِّمَنِ والكِبَرِ والجمالِ والبصَرِ والسّمْعِ والنُّطْقِ، كانجِلاءِ بياضِ العيْنِ وزَوالِ الخرَسِ والصّمَمِ، والشّجَرِ إذا أثمرَ والأرضِ إذا زُرِعَتْ أو غيرَ مُتولِّدةٍ منه كالثّوبِ إذا صُبِغَ، [والدار]، [(٣)] والأرضِ إذا بُنِيَ فيها بناءٌ.

وكذا المُنْفَصِلةُ لا تخلو إمَّا أنْ كانتْ مُتولِّدةً من الأصلِ كالوَلَدِ والوَبَرِ والصُّوفِ إذا جُزَّ والشّعرِ إذا أُزيلَ والثّمرِ إذا جُذَّ والزّرْعِ إذا حُصِدَ، أو كانتْ [(٤)] في حكمِ المُتولِّدِ منه كالأرشِ والعُقْرِ، وإمَّا أنْ كانتْ غيرَ مُتولِّدةٍ منه [ولا في حكمِ المُتولِّدِ] [(٥)] كالهِبَةِ والكسبِ فإنْ كانتِ الزِّيادةُ مُتولِّدةً من الأصلِ أو في حكمِ المُتولِّدِ فهي مَهْرٌ، سَواءٌ كانتْ مُتَّصِلةً بالأصلِ أو مُنْفَصِلةً عنه حتّى لو طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ بها يتنَصّفُ الأصلُ والزِّيادةُ جميعًا بالإجماعِ؛ لأنّ الزِّيادةَ تابعةٌ للأصلِ لكونِها نَماءَ الأصلِ، والأرشُ [(٦)] بَدَلُ جزءٍ هو مَهْرٌ فلْيَقُم [(٧)] مَقامه، والعُقْرُ بَدَلُ ما هو في حكمِ الجزءِ، فكان بمنزلةِ المُتولِّدِ من المهرِ

---

(١) في المخطوط: «فنقول».

(٢) في المخطوط: «ليحترز».

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) في المخطوط: «كان».

(٥) ليست في المخطوط.

(٦) في المخطوط: «والأرض».

(٧) في المخطوط: «فيقوم».

فكان مهرًا، فإذا حَدَثَتْ قبلَ القبضِ وللقبضِ شَبَهٌ بالعقدِ فكان وُجودُها عندَ القبضِ كوُجودِها عندَ العقدِ فكانتْ مَحَلاًّ للفَسخِ.

وإنْ كانتْ غيرَ مُتولِّدةٍ من الأصلِ فإنْ كانت تمتنع التنصيف [1] كانتْ مُتَّصِلةً بالأصلِ فإنّها تَمْنَعُ التّنْصيفَ وعليها نصفُ قيمةِ الأصلِ؛ لأنّ هذه الزِّيادةَ ليستْ بمَهْرٍ لا مقصُودًا ولا تَبَعًا؛ لأنّها لم تَتولَّدْ من المهرِ فلا تكونُ مَهْرًا فلا تَتَنَصّفُ، ولا يُمْكِنُ تنصيفُ الأصلِ بدونِ تنصيفِ الزِّيادةِ فامتَنَعَ التّنْصيفُ فيجبُ عليها نصفُ قيمةِ الأصلِ يومَ الزِّيادةِ؛ لأنّها بالزِّيادةِ صارتْ قابِضةً للأصلِ فتُعتَبَرُ قيمَتُه يومَ حُكِمَ بالقبضِ، وإنْ كانتْ مُنْفَصِلةً عن الأصلِ فالزِّيادةُ ليستْ بمَهْرٍ، وهي كُلُّها للمرأةِ في قولِ أبي حنيفةَ ولا تَتَنَصّفُ ويتنَصّفُ الأصلُ، وعندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ هي مَهْرٌ فتَتَنَصّفُ مع الأصلِ.

(ووجه قولِهما): أنّ هذه الزِّيادةَ تُمْلَكُ بمِلْكِ الأصلِ فكانتْ تابِعةً للأصلِ فتَتَنَصّفُ مع الأصلِ كالزِّيادةِ المُتَّصِلةِ والمُنْفَصِلةِ المُتولِّدةِ من الأصلِ كالسِّمَنِ والوَلَدِ، ولأبي حنيفةَ أنّ هذه الزِّيادةَ ليستْ بمَهْرٍ لا مقصُودًا ولا تَبَعًا.

أمّا مقصُودًا فظاهرٌ؛ لأنّ العقدَ ما ورد عليها مقصُودًا. وكذا هي غيرُ مقصُودةٍ بمِلْكِ [2] الجاريةِ؛ لأنّه لا يقصِدُ بتَمَلُّكِ الجاريةِ الهِبةَ لها.

وأمّا تَبعًا؛ فلأنّها ليستْ بمُتولِّدةٍ من الأصلِ فدَلَّ أنّها ليستْ بمَهْرٍ لا قَصْدًا ولا تَبعًا، وإنّما هي مالُ المرأةِ فأشبَهَتْ سائرَ أموالِها بخلافِ الزِّيادةِ [المُتَّصِلةِ المُتولِّدةِ و] [3] المُنْفَصِلةِ المُتولِّدةِ؛ لأنّها نَماءُ المهْرِ فكانتْ جزءًا من أجزائه فتَتَنَصّفُ كما يتنَصّفُ الأصلُ.

ولو آجَرَ الزّوْجُ المهْرَ بغيرِ إذنِ المرأةِ فالأُجْرةُ له؛ لأنّ المنافِعَ ليستْ بأموالٍ مُتقَوِّمةٍ بأنفسِها عندَنا، وإنّما [٢/ ٣٨أ] تَأخُذُ حكمَ الماليّةِ والتّقَوُّمِ بالعقدِ، والعقدُ صَدَرَ من الزّوْجِ فكانتِ الأُجْرةُ له كالغاصِبِ إذا آجَرَ المغصُوبَ، ويُتَصَدَّقُ بالأُجْرةِ؛ لأنّها مالٌ حَصَلَ بسببٍ محظورٍ وهو التّصَرُّفُ في مِلْكِ الغيرِ بغيرِ إذنِه، فيتمكّنُ فيه الخبَثُ، فكان سبيلُه التّصَدُّقَ به، هذا إذا كان المهْرُ في يَدِ الزّوْجِ فحَدَثَتْ (فيه الزِّيادةُ) [4].

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) في المخطوط: «بتملك».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) في المخطوط: «به زيادة».

فأمَّا (١) إذا كان في يَدِ المرأةِ أي: قبلَ الفُرْقةِ، فإنْ كانتِ الزِّيادةُ مُتَّصِلةً مُتولِّدةً من الأصلِ فإنّها تَمْنَعُ التّنْصيفَ (٢) في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، ولِلزَّوْجِ عليها نصفُ القيمةِ يومَ سَلَّمَه إليها.

وقال محمّدٌ: لا تَمْنَعُ ويتنَصّفُ الأصلُ مع الزِّيادةِ، واحتَجَّ بقولِه تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة:٢٣٧] جعل سبحانه وتعالى في الطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ فيه فرضُ نصفِ المفروضِ [فمَنْ جعل فيه نصفَ قيمةِ المفروضِ فقد خالَفَ النّصّ، وإذا وجب تنصيفُ أصلِ المفروضِ] (٣) ولا يُمْكِنُ تنصيفُه إلاَّ بتنصيفِ الزِّيادةِ، فيجبُ تنصيفُ الزِّيادةِ [ضرورةً، ولأنّ هذه الزِّيادةَ تابِعةٌ للأصلِ من كُلِّ وجهٍ؛ لأنّها قائمةٌ به، والأصلُ مَهْرٌ فكذا الزِّيادةُ] (٤) بخلافِ الزِّيادةِ المُنْفَصِلةِ المُتولِّدةِ من الأصلِ؛ لأنّها ليستْ بتابِعةٍ محضةٍ؛ لأنّ الوَلَدَ بالانفِصالِ صار أصلاً بنفسِه فلم يكنْ مَهْرًا وبخلافِ الزِّيادةِ المُتَّصِلةِ في الهِبةِ أنّها تَمْنَعُ من الرّجوعِ والاستِرْدادِ؛ لأنّ حَقَّ الرّجوعِ (٥) في الهِبةِ ليس بثابِتٍ بيَقينٍ لكونِه مَحَلَّ الاجتِهادِ، فلا يُمْكِنُ إلحاقُ الزِّيادةِ بحالةِ العقدِ فتَعَذَّرَ إيرادُ الفسخِ عليها فيُمْنَعُ الرّجوعُ.

(وجه قولِهما): أنّ هذه الزِّيادةَ لم تَكُنْ موجودةً عندَ العقدِ ولا عندَ ما له شَبَهٌ بالعقدِ وهو القبضُ، فلا يكونُ لها حكمُ المهْرِ فلا يُمْكِنُ فسخُ العقدِ فيها بالطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ؛ لأنّ الفسخَ إنّما يَرِدُ على ما ورد عليه العقدُ، والعقدُ لم يَرِدْ عليه (٦) أصلاً، فلا يَرِدُ عليه الفسخُ كالزِّيادةِ المُنْفَصِلةِ المُتولِّدةِ من الأصلِ، ولأنّه لو نَقَضَ العقدَ، فإمَّا أنْ يَرُدَّ نصفَ الأصلِ مع نصفِ الزِّيادةِ أو بدونِ الزِّيادةِ لا سبيلَ إلى الثّاني؛ لأنّه لا يُتَصَوّرُ رَدُّ الأصلِ بدونِ رَدِّ الزِّيادةِ المُتَّصِلةِ ولا سبيلَ إلى الأوّلِ؛ لأنّه يُؤَدِّي إلى الرِّبا؛ لأنّها إذا لم تَكُنْ مَحَلاًّ للفَسخِ لعَدَمِ وُرودِ العقدِ عليها كان أخذُ الزِّيادةِ منها أخذَ مالٍ بلا عِوَضٍ في عَقْدِ المُعاوَضةِ، وهذا تفسيرُ الرِّبا؛ ويجبُ نصفُ قيمةِ المفروضِ (لا نصفُ المفروضِ؛ لأنّ المفروضَ) (٧) صار بمنزِلةِ الهالِكِ.

---

(١) في المخطوط: «وأما».
(٢) في المخطوط: «التنصف».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «الزوج».
(٦) في المخطوط: «عليها».
(٧) في المخطوط: «لأن نصف المفروض».

وأمَّا الآيةُ الكريمةُ فلا حُجَّةَ له فيها؛ لأنّ مُطْلَقَ المفروضِ يَنْصَرِفُ إلى المفروضِ المُتعارَفِ وهو الأثمانُ دونَ السِّلَعِ، والأثمانُ لا تحتمِلُ الزِّيادةَ والنُّقْصانَ، وعلى هذا الاختِلافِ الزِّيادةُ المُتَّصِلةُ في البيْعِ إذا اختلفا أنّها [1] تَمْنَعُ التّحالُفَ، عندَ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وعندَ محمّدٍ (لا تَمْنَعُ) [2].

ولو هَلَكَتْ هذه الزِّيادةُ في يَدِ الزّوْجِ ثمّ طَلَّقَها فلَها نصفُ الأصلِ؛ لأنّ المانِعَ من التّنْصيفِ قد ارتفَعَ، وإنْ كانتْ مُتَّصِلةً غيرَ مُتولِّدةٍ من الأصلِ فإنّها تَمْنَعُ التّنْصيفَ [3]، وعليها نصفُ قيمةِ الأصلِ لما بَيّنّا فيما تقدَّمَ، وإنْ كانتِ [الزِّيادةُ] [4] مُنْفَصِلةً مُتولِّدةً من الأصلِ فإنّها تَمْنَعُ التّنْصيفَ في قولِ أصحابِنا [الثّلاثةِ] [5]، وعليها رَدُّ نصفِ قيمةِ الأصلِ إلى الزّوْجِ وقال زُفَرُ: لا تَمْنَعُ ويتنَصّفُ الأصلُ مع الزِّيادةِ، وإنْ كانتْ مُنْفَصِلةً غيرَ مُتولِّدةٍ من الأصلِ فهي لها خاصّةً والأصلُ بينهما نصفانِ بالإجماعِ.

(وجه قولِ زُفر): أنّ الزِّيادةَ تابِعةٌ للأصلِ؛ لأنّها مُتولِّدةٌ منه فتَتَنَصّفُ مع الأصلِ كالزِّيادةِ الحادِثةِ قبلَ القبضِ.

(ولَنا): أنّ هذه الزِّيادةَ لم تَكُنْ عندَ العقدِ ولا عندَ القبضِ فلم تَكُنْ مَهْرًا، والفسخُ إنّما يَرِدُ على ما له حكمُ المهْرِ فلا تَتَنَصّفُ وتَبْقَى [6] على مِلْكِ المرأةِ كما كانتْ قبلَ الطّلاقِ، ولا يُمْكِنُ تنصيفُ الأصلِ بدونِ الزِّيادةِ، وهو رَدُّ نصفِ الجاريةِ بدونِ الوَلَدِ؛ (لأنّها لا) [7] يَصيرُ لها فضْلُ أصلٍ فسخِ العقدِ فيه ما [8] لم يكنْ لها ذلك، والأصلُ أنْ لا تُبَدَّلَ من غيرِ بَدَلٍ، وذلك وصْفُ الرِّبا وأنّه حَرامٌ فإذا تَعَذَّرَ تنصيفُ المفروضِ لمكانِ الرِّبا يُجْعَلُ المفروضُ كالهالِكِ؛ لأنّه في حَقِّ كونِه معجوزَ التّسليمِ إلى الزّوْجِ بمنزِلةِ الهالِكِ، فيجبُ نصفُ القيمةِ ليزولَ معنى الرِّبا، واللَّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

وكذلك لو ارتَدَّتْ أو قَبَّلَتِ ابنَ زَوْجِها قبلَ الدُّخولِ بها بعدَما حَدَثَتِ الزِّيادةُ في يَدِ المرأةِ، فذلك كُلُّه لها وعليها رَدُّ قيمةِ الأصلِ يومَ قَبَضَتْ كذا ذكر أبو يوسفَ في الأصلِ وهو قولُ محمّدٍ.

---

(١) في المخطوط: «إنما».
(٢) في المخطوط: «لا يمنع».
(٣) في المخطوط: «التنصف».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) في المخطوط: «ويبقى».
(٧) في المخطوط: «لأنه».
(٨) في المخطوط: «مما».

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّها تَرُدُّ الأصلَ والزِّيادةَ ففرَّقَ بين الرِّدَّةِ والتَّقبيلِ وبين الطّلاقِ فقال في الطّلاقِ: تَرُدُّ نصفَ قيمةِ الأصلِ، وفي الرِّدَّةِ والتّقبيلِ تَرُدُّ الأصلَ والزِّيادةَ جميعًا.

(ووجه الفرقِ): أنّ [٢/ ٣٨ب] الرِّدَّةَ والتّقبيلَ فسخُ العقدِ من الأصلِ، وجَعلُ إيّاه كأنْ لم يكنْ فصار كمَنْ باع عبدًا بجاريةٍ وقَبَضَ الجاريةَ ولم يدفَعِ العبدَ حتّى ولَدَتْ ثمّ ماتَ العبدُ قبلَ أنْ يدفعَه أنّه يَأخُذُ الجاريةَ ووَلَدَها؛ لانفِساخِ العقدِ من الأصلِ بموتِ العبدِ في يَدِ بائعِه كذا هذا، بخلافِ الطّلاقِ فإنّه إطلاقٌ وحَلٌّ للعَقْدِ [١] وليس بفَسخٍ فيَنْحَلُّ العقدُ وتَطْلُقُ [٢] أو يَرْتفِعُ من حينِ الطّلاقِ لا من الأصلِ.

(وجه ظاهرِ الرّوايةِ): أنّ المعقودَ عليه في الفصلينِ جميعًا - أعني الطّلاقَ والرِّدَّةَ - يَعودُ سَليمًا إلى المرأةِ كما كان إلاّ أنّ الطّلاقَ قبلَ الدُّخولِ طَلاقٌ من وجهٍ وفسخٌ من وجهٍ، فأوجب عَوْدَ نصفِ البدلِ [عَملًا بالشَّبَهينِ] [٣]، والرِّدَّةُ والتّقبيلُ كُلُّ واحِدٍ منهما فسخٌ من كُلِّ وجهٍ فيوجِبُ عَوْدَ الكُلِّ إلى الزّوْجِ هذا كُلُّه إذا حَدَثَتِ الزِّيادةُ قبلَ الطّلاقِ.

فأمّا إذا حَدَثَتْ بعدَ الطّلاقِ بأنْ طَلَّقَها، ثمّ حَدَثَتِ الزِّيادةُ فلا يخلو إمّا أنْ حَدَثَتْ بعدَ القضاءِ بالنّصفِ للزَّوْجِ، وإمّا أنْ حَدَثَتْ قبلَ القضاءِ وكُلُّ ذلك قبلَ القبضِ أو بعدَه فإنْ حَدَثَتْ قبلَ القبضِ، فالأصلُ والزِّيادةُ بينهما نصفانِ سَواءٌ وُجِدَ القضاءُ أو لم يوجَدْ؛ لأنّه كما وُجِدَ الطّلاقُ عاد نصفُ المهْرِ إلى الزّوْجِ بنفسِ الطّلاقِ وصار بينهما نصفَيْنِ فالزِّيادةُ حَدَثَتْ على مِلْكَيْهِما [٤]، فتكونُ بينهما، وإنْ حَدَثَتْ بعدَ القبضِ، فإنْ كانتْ بعدَ القضاءِ بالنّصفِ للزَّوْجِ، فكذلك الجوابُ؛ لأنّه لَمّا قضَى به، فقد عاد نصفُ المهْرِ إلى الزّوْجِ، فحَصَلَتِ الزِّيادةُ على المِلْكَيْنِ، فكانتْ بينهما.

وإنْ كان قبلَ القضاءِ بالنّصفِ للزَّوْجِ، فالمهْرُ في يَدِها كالمقبوضِ بعَقْدٍ فاسِدٍ؛ لأنّ المِلْكَ كان لها، وقد فُسِخَ [٥] مِلْكُها في النّصفِ بالطّلاقِ حتّى لو كان المهْرُ عبدًا، فأعتقَه بعدَ الطّلاقِ قبلَ القضاءِ بالنّصفِ للزَّوْجِ جاز إعتاقُها، ولو أعتقَه الزّوْجُ لا يَنْفُذُ، وإنْ قضَى

---

(١) في المخطوط: «العقد».
(٢) في المخطوط: «وينطلق».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «ملكهما».
(٥) في المخطوط: «فسد».

القاضي له بعدَ ذلك كالبائعِ إذا أعتقَ العبدَ المبيعَ بَيْعًا فاسِدًا أنّه لا يَنْفُذُ عِتْقُه، وإنْ رُدَّ عليه بعدَ ذلك، كذا ههنا هذا الذي ذكرنا حكمُ الزِّيادةِ.

وأمَّا حكمُ النُّقْصانِ، فحُدوثُ النُّقْصانِ في المهْرِ لا يخلو إمَّا أنْ يكونَ في يَدِ الزّوْجِ، وإمَّا أنْ يكونَ في يَدِ المرأةِ، فإنْ كان في يَدِ الزّوْجِ، فلا يخلو من خمسةِ أوجُهٍ:

إمَّا أنْ يكونَ بفعلِ أجنَبيٍّ.

وإمَّا أنْ يكونَ بآفةٍ سَماوِيّةٍ.

وإمَّا أنْ يكونَ بفعلِ الزّوْجِ.

وإمَّا أنْ يكونَ بفعلِ المهْرِ.

وإمَّا أنْ يكونَ بفعلِ المرأةِ.

وكُلُّ ذلك لا يخلو إمَّا أنْ يكونَ قبلَ قبضِ المهْرِ، أو بعدَه، والنُّقْصانُ فاحِشٌ أو غيرُ فاحِشٍ.

فإنْ كان النُّقْصانُ بفعلِ أجنَبيٍّ، وهو فاحِشٌ قبلَ القبضِ؛ فالمرأةُ بالخيارِ إنْ شاءتْ أخذتِ العبدَ النّاقِصَ، وأتبعَتِ الجانيَ بالأرشِ، وإنْ شاءتْ تركتْ، وأخذتْ من الزّوْجِ قيمةَ العبدِ يومَ العقدِ، ثمّ يرجعُ [1] الزّوْجُ على الأجنَبيِّ بضَمانِ النُّقْصانِ وهو الأرشُ.

أمّا ثُبوتُ الخيارِ؛ فلأنّ المعقودَ [عليه، و] [2] هو المهْرُ قد تَغَيّرَ قبلَ القبضِ؛ لأنّه صار بعضُه قيمةً، ويُعتَبَرُ المعقودُ عليه قبلَ القبضِ، فوَجَبَ الخيارُ كتغَيُّرِ المبيعِ قبلَ القبضِ، فإنِ اختارَتْ [3] أخذَ العبدِ [4] أتبعَتِ الجانيَ بالأرشِ؛ لأنّ الجِنايةَ حصَلَتْ على مِلْكِها، وإنِ اختارَتْ أخذَ القيمةَ؛ أتبعَ الزّوْجُ الجانيَ بالأرشِ؛ لأنّه يملِكُ العيْنَ بأداءِ الضّمانِ، فقام مَقامَ المرأةِ، فكان الأرشُ له، وليس لها أنْ تَأخُذَ العبدَ ناقِصًا، وتُضَمِّنَ [5] الزّوْجَ الأرشَ؛ لأنها لَمّا اختارَتْ أخذَه، فقد أبرأت الزّوْجَ من ضَمانِه.

وإنْ كان النُّقْصانُ بآفةٍ سَماوِيّةٍ، فالمرأةُ بالخيارِ، إنْ شاءتْ أخذتْه ناقِصًا، ولا شيءَ لها غيرَ ذلك، وإنْ شاءتْ تركتْه، وأخذتْ قيمَتَه يومَ العقدِ؛ لأنّ المهْرَ مَضْمونٌ على الزّوْجِ

---

(1) في المخطوط: «رجع».

(2) ليست في المخطوط.

(3) في المخطوط: «أجازت».

(4) في المخطوط: «البيع».

(5) في المخطوط: «ويضمن».

بالعقدِ، والأوصافُ لا تُضْمَنُ بالعقدِ لعَدَمِ وُرودِ العقدِ عليها موصُوفًا، فلا يظهرُ الضّمانُ في حَقِّها، وإنّما يظهرُ في حَقِّ الأصلِ لوُرودِ العقدِ عليه، وإنّما ثبت لها الخيارُ لتَغيُّرِ المعقودِ عليه، وهو المهْرُ عَمَّا كان [عليه] [1]، وهذا يُثْبِتُ الخيارَ كالمبيعِ إذا انتُقِصَ في يَدِ البائعِ أنّه يتخَيّرُ المشتَري فيه كذا هذا.

وإنْ كان النُّقْصانُ بفعلِ الزّوْجِ، ذُكِرَ في ظاهرِ الرّوايةِ أنّ المرأةَ بالخيارِ إنْ شاءتْ أخذتْه ناقِصًا، وأخذتْ معه أرشَ النُّقْصانِ، وإنْ شاءتْ أخذتْ قيمَتَه يومَ العقدِ، كذا ذُكِرَ في ظاهرِ الرّوايةِ، وفَرْقٌ بين هذا وبين البائعِ إذا جَنَى على المبيعِ قبلَ القبضِ. ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ أنّ الزّوْجَ إذا جَنَى على المهْرِ؛ فهي بالخيارِ إنْ شاءتْ أخذتْه ناقِصًا، ولا شيءَ لها غيرَ ذلك، وإنْ شاءتْ أخذتِ القيمةَ، وسُوِّيَ بينه وبين المبيعِ.

(ووجه التسويةِ بينهما) [١٣٩/٢]: أنّ المهْرَ مَضْمونٌ على الزّوْجِ بالنّكاحِ لم يستقرَّ مِلْكُها فيه كالمبيعِ في يَدِ البائعِ، ثمّ الحكمُ في البيْعِ هذا، كذا في النّكاحِ.

(ووجه الفرقِ في ظاهرِ الروايةِ): أنّ الأوصافَ، وهي الأتباعُ إنْ كانتْ لا تُضْمَنُ بالعقدِ، فإنّها تُضْمَنُ بالإتلافِ؛ لأنّها تَصيرُ مقصُودةً بالإتلافِ، فتَصيرُ مَضْمونةً إلاّ أنّ المبيعَ لا يُمْكِنُ جَعلُه مَضْمونًا بالقيمةِ؛ لأنّه مَضْمونٌ بضَمانٍ آخَرَ، وهو الثّمَنُ، والمحَلُّ الواحِدُ لا يكونُ مَضْمونًا بضَمانَيْنِ، والمهْرُ غيرُ مَضْمونٍ على الزّوْجِ بمِلْكِ النّكاحِ بل بالقيمةِ، ألا ترى أنّه لو أتلَفَ المهْرَ لا يَبْطُلُ مِلْكُ النّكاحِ، ولكنْ تجبُ عليه القيمةُ، فكذا إذا أتلَفَ الجزءَ، وإنْ كان النُّقْصانُ بفعلِ المهْرِ بأنْ جَنَى المهْرُ على نفسِه، ففيه روايتانِ في روايةٍ حكمُ هذا النُّقْصانِ ما هو حكمُ النُّقْصانِ بآفةٍ سَماوِيّةٍ؛ لأنّ جِنايةَ الإنسانِ على نفسِه هَدْرٌ، فالتَحقَتْ بالعدَمِ، فكانتْ كالآفةِ السّماوِيّةِ.

وفي روايةٍ حكمُه حكمُ جِنايةِ الزّوْجِ؛ لأنّ المهْرَ مَضْمونٌ في يَدِ الضّامِنِ، وهو الزّوْجُ، وجِنايةُ المضْمونِ في يَدِ الضّامِنِ كجِنايةِ الضّامِنِ كالعبدِ المغصُوبِ إذا جَنَى على نفسِه في يَدِ الغاصِبِ، وإنْ كان النُّقْصانُ بفعلِ المرأةِ، فقد صارتْ قابِضةً بالجِنايةِ، فجُعِلَ كأنّ النُّقْصانَ حَصَلَ في يَدِها كالمشتَري إذا جَنَى على المبيعِ في يَدِ البائعِ أنّه يَصيرُ قابِضًا له كذا ههنا.

---

(١) ليست في المخطوط.

هذا إذا كان النُّقْصانُ فاحِشًا. فأمَّا إذا كان يسيرًا، فلا خيارَ لها كما إذا كان هذا العيْبُ به يومَ العقدِ، ثمّ إنْ كان هذا النُّقْصانُ بآفةٍ سَماوِيّةٍ أو بفعلِ المرأةِ أو بفعلِ المهْرِ؛ فلا شيءَ لها، وإنْ كان بفعلِ الأجنَبيِّ تَتْبَعُه بنصفِ النُّقْصانِ. وكذا إنْ كان بفعلِ الزّوْجِ هذا إذا حَدَثَ النُّقْصانُ في يَدِ الزّوْجِ.

فأمَّا إذا حَدَثَ في يَدِ المرأةِ، فهذا أيضًا لا يخلو من الأقسامِ التي وصَفْناها، فإنْ حَدَثَ بفعلِ أجنَبيٍّ وهو فاحِشٌ قبلَ الطّلاقِ، فالأرشُ لها، فإنْ طَلَّقَها الزّوْجُ، فلَه نصفُ القيمةِ يومَ قَبَضَتْ، ولا سبيلَ له على العيْنِ؛ لأنّ الأرشَ بمنزِلةِ الوَلَدِ، فيُمْنَعُ التّنْصيفُ [كالوَلَدِ] [١]، وإنْ كانتْ جِنايةُ الأجنَبيِّ عليه بعدَ الطّلاقِ، فلِلزّوْج [٢] نصفُ العبدِ، وهو بالخيارِ في الأرشِ إنْ شاء أخذ نصفَه من المرأةِ، واعتُبِرَتِ القيمةُ يومَ القبضِ، وإنْ شاء أتبعَ الجانيَ، وأخذ منه نصفَه؛ لأنّ حَقَّ الفسخِ، وعَوْدَ النّصفَ إليه استقَرَّ بالطّلاقِ، وتوقَّفَ على قضاءِ القاضي أو التّراضي، فصار في يَدِها كالمقبوضِ ببَيْعٍ فاسِدٍ، فصار مَضْمونًا عليها.

وكذلك إنْ حَدَثَ بفعلِ الزّوْجِ، فجِنايَتُه كجِنايةِ الأجنَبيِّ؛ لأنّه جَنَى على مِلْكِ غيرِه، ولا يَدَ له فيه، فصار كالأجنَبيِّ، والحكمُ في الأجنَبيِّ ما وصَفْنا.

وإنْ حَدَثَ بآفةٍ سَماوِيّةٍ قبلَ الطّلاقِ؛ فالزّوْجُ بالخيارِ إنْ شاء أخذ نصفَه ناقِصًا، ولا شيءَ له غيرَ ذلك، وإنْ شاء أخذ نصفَ القيمةِ يومَ القبضِ؛ لأنّ حَقَّه معها عندَ الفسخِ كحَقِّه معها عندَ العقدِ.

ولو حَدَثَ نُقصانٌ في يَدِه بآفةٍ سَماوِيّةٍ كان لها الخيارُ بين أنْ تَأخُذَه ناقِصًا أو قيمَتَه، فكذا حَقُّ الزّوْجِ معها عندَ الفسخِ، وإنْ كان ذلك بعدَ الطّلاقِ، فلِلزّوْجِ أنْ يَأخُذَ نصفَه، ونصفَ الأرشِ لما ذكرنا أنّه بعدَ الطّلاقِ يبقى في يَدِها كالمقبوضِ بحكمِ بَيْعٍ فاسِدٍ؛ لأنّ المِلْكَ لها، وحَقُّ الغيرِ في الفسخِ مُستقرٌّ، فصار (بمنزِلةِ المقبوضِ) [٣] ببَيْعٍ فاسِدٍ، وإنْ شاء (أخذ قيمَته) [٤] [يومَ قَبَضَتْ، وكذلك إنْ حَدَثَ بفعلِ المرأةِ، فالزّوْجُ بالخيارِ إنْ شاء أخذ نصفَه، ولا شيءَ له من الأرشِ، وإنْ شاء أخذ نصفَ قيمَتِه عبدًا عندَ أصحابِنا الثّلاثةِ.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المطبوع: «فللزوجة».
(٣) في المخطوط: «كالمقبوض».
(٤) في المخطوط: «أخذه بقيمته».

وقال زُفَرُ: للزَّوْجِ أنْ يُضَمِّنَها الأرشَ.

(وجه قولِه): أنّ المهْرَ مَضْمونٌ عليها بالقبضِ، والأوصافِ، وهي الأتباعُ، فتُضَمَّنُ بالقبضِ، ولا تُضَمَّنُ بالعقدِ، وكذلك يقولُ زُفَرُ في النُّقْصانِ الحادِثِ بغيرِ فعلِها لهذا المعنى.

(ولَنَا): أنّ المرأةَ جَنَتْ على مِلْكِ نفسِها، وجِنايةُ الإنسانِ على مِلْكِ نفسِه غيرُ مَضْمونةٍ عليه بخلافِ ما إذا حَدَثَ بفعلِ الزّوْجِ على الرِّوايةِ المشهورةِ؛ لأنّ الزّوْجَ جَنَى على مِلْكِ غيرِه، وجِنايةُ الإنسانِ على مِلْكِ غيرِه مَضْمونةٌ عليه، وقد خرج الجوابُ عَمَّا قال زُفَرُ؛ لأنّ قبضَها صادَفَ مِلْكَ نفسِها، وقبضُ الإنسانِ مِلْكَ نفسِه لا يوجِبُ الضّمانَ عليه، وإنْ كان ذلك بعدَ الطّلاقِ، فعليها نصفُ الأرشِ لما ذكرنا أنّ حَقَّ الفسخِ قد استقرَّ.

وكذلك إنْ حَدَثَ بفعلِ المهْرِ، فالزّوْجُ بالخيارِ على الرِّوايتيْنِ جميعًا إنْ شاء؛ أخذ نصفَه ناقِصًا، وإنْ شاء أخذ نصفَ القيمةِ؛ لأنّا إنْ جَعَلْنا جِنايةَ المهْرِ كالآفةِ السّماويّةِ لم تكُنْ مَضْمونةً، وإنْ جَعَلْناها كجِنايةِ المرأةِ لم تكُنْ مَضْمونةً أيضًا، فلم تكُنْ مَضْمونةً أيضًا على الرِّوايتيْنِ. هذا إذا كان النُّقْصانُ فاحِشًا. فأمّا إنْ كان غيرَ فاحِشٍ، فإنْ كان]⁽¹⁾ بفعلِ الأجنبيِّ أو بفعلِ الزّوْجِ، لا يتنصّفُ؛ لأنّ الأرشَ يمنَعُ التّنْصيفَ، وإنْ كان بآفةٍ سَماوِيّةٍ أو بفعلِها أو بفعلِ المهْرِ أخذ النّصفَ، ولا خيارَ له، واللّه تعالى الموَفِّقُ.

وأمّا النّوْعُ الثّاني: وهو ما يسقُطُ به نصفُ المهْرِ معنًى، والكُلُّ صُورةً: فهو كُلُّ طَلاقٍ تجبُ⁽²⁾ فيه المُتْعةُ. فيَقَعُ الكلامُ في مواضعَ.

في بيانِ الطّلاقِ الذي تجبُ فيه المُتْعةُ، والذي تُستَحَبُّ فيه.

وفي تفسيرِ المُتْعةِ.

وفي بيانِ مَنْ تُعتَبَرُ المُتْعةُ بحالِه.

أمّا الأوّلُ: فالطّلاقُ الذي تجبُ⁽³⁾ فيه المُتْعةُ نوعانِ:

أحدُهما: أنْ يكونَ قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ لا تسميةَ فيه، ولا فرضَ بعدَه أو كانتِ التّسميةُ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «تجرى».

(٣) في المخطوط: «تجرى».

فيه فاسِدةً، وهذا قولُ عامّةِ العُلَماءِ [(١)].

وقال مالِكٌ: لا تجبُ المُتْعةُ، ولكنْ تُستَحَبُّ [(٢)]، فمالِكٌ لا يَرى وُجوبَ المُتْعةِ أصلاً، واحتَجَّ بأنّ اللَّهَ سبحانه وتعالى قَيّدَ [(٣)] المُتْعةَ بالمُتَّقي، [والمُحْسِنِ] [(٤)] بقولِه: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة:٢٣٦] ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة:١٨٠]، والواجبُ لا يختلفُ فيه المُحْسِنُ، والمُتَّقي، وغيرُهما، فدَلَّ أنّها ليستْ بواجبةٍ.

(ولَنا): قولُه تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة:٢٣٦]، ومُطْلَقُ الأمرِ لوُجوبِ العملِ، والمُرادُ من قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿أَوْ تَفْرِضُوا۟﴾ أي: ولم تفرضوا ألا ترى أنّه عَطَفَ عليه قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة:٢٣٧]، ولو كان الأوّلُ بمعنى ما لم تَمَسُّوهُنّ، وقد فرَضوا لهُنّ أو لم يَفْرِضوا لَما عَطَفَ عليه المفروضَ، وقد تكونُ أو بمعنى الواوِ.

وقال اللَّه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا﴾ [الإنسان:٢٤]: [أي:] [(٥)] ولا كفورًا، وقوله تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة:٢٣٦] (وعلى) كلِمةُ إيجابٍ، وقوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة:٢٣٦] وليس في ألفاظِ الإيجاب كلِمةٌ أوكَدُ من قولِنا حَقٌّ عليه؛ لأنّ الحقِّيّةَ تقتَضي الثُّبوتَ، وعلى كلِمةُ إلزامٍ، وإثباتٍ، فالجمعُ بينهما (يقتضيَ التّأكيدَ،) [(٦)] وما ذكره مالِكٌ كما يلزَمُنا يلزَمُه؛ لأنّ المندوبَ إليه أيضًا لا يختلفُ فيه المُتَّقي، والمُحْسِنُ، وغيرُهما، ثمّ نقول: الإيجابُ على المُحْسِنِ، والمُتَّقي لا يَنْفي الإيجابَ على غيرِهما ألا ترى أنّه سبحانه وتعالى أخبر أنّ القرآنَ هُدًى للمُتَّقينَ، ثمّ لم يَنْفِ أنْ يكونَ هُدًى للنّاسِ كُلِّهم كذا هذا.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر الطحاوي ص ١٨٤، المبسوط (٥/ ٨٢)، فتح القدير (٣/ ٣٢٥ - ٣٢٧)، البناية في شرح الهداية (٤/ ٦٦٢)، اللباب في شرح الكتاب (٣/ ١٧).

(٢) مذهب المالكية: أن المتعة سنة وليست واجبة مطلقًا حتى للمفوضة، فهي تستحق مهر المثل بالوطء فقط لا بموت أو طلاق، انظر: المدونة (٢/ ٢٢٩)، الكافي (ص٢٩١)، القوانين الفقهية (ص٢٤٤)، المنتقى شرح الموطأ (٤/ ٨٨)، أسهل المدارك (٢/ ١١٨).

(٣) في المخطوط: «خصّ».

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) زيادة من المخطوط.

(٦) في المخطوط: «يكون تأكيدًا».

والدّليلُ على أنّ المُتْعةَ ههنا واجبةٌ أنّها بَدَلُ الواجبِ، وهو نصفُ مَهْرِ المثلِ، وبَدَلُ الواجبِ واجبٌ؛ لأنّه يقومُ مَقام الواجبِ، ويحكي حِكايته ألا ترى أنّ التّيمُّمَ لَمّا كان بَدَلاً عن الوضوءِ، والوضوءُ واجبٌ كان التّيمُّمُ واجبًا، والدّليلُ على أنّ المُتْعةَ (تجبُ بَدَلاً)[1] عن نصفِ (مهرِ المثْلِ)[2]، أنّ بَدَلَ الشّيءِ ما يجبُ بسببِ الأصلِ عندَ عَدَمِه كالتّيمُّمِ مع الوضوءِ، وغيرِ ذلك، والمُتْعةُ تجب بالسّبَبِ الذي يجبُ به مَهْرُ المثلِ، وهو النّكاحُ لا الطّلاقُ؛ لأنّ الطّلاقَ مُسقِطٌ للحُقوقِ لا موجِبٌ لها لكنْ عندَ الطّلاقِ يسقُطُ نصفُ مَهْرِ المثلِ، فتجبُ المُتْعةُ بَدَلاً عن نصفِه، وهذا طَريقُ محمّدٍ، فإنّ الرّهْنَ بمَهْرِ المثلِ يكونُ رَهْنًا بالمُتْعةِ عندَه حتّى إذا هَلَكَ (تَهْلَكُ المُتْعةُ)[3].

وأمّا أبو يوسفَ: فإنّه لا يجعلُه رَهْنًا بها حتّى إذا هَلَكَ الرّهْنُ يَهْلَكُ بغيرِ شيءٍ، والمُتْعةُ باقيةٌ عليه، فلا يكونُ وُجوبُها بطَريقِ البدلِ عندَه[4]، بل يوجِبُها ابتِداءً بظَواهرِ النُّصُوصِ التي ذكرنا أو يوجِبُها بَدَلاً عن البُضْعِ بالاستدلالِ بنصفِ المُسَمَّى في نِكاحٍ فيه تسميةٌ.

والثاني: أنْ يكونَ قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ لم يُسَمَّ فيه المهْرُ، وإنّما فُرِضَ بعدَه، وهذا قولُ أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ [٢/ ٤٠أ]، [وهو قولُ أبي يوسفَ الأخيرُ[5]]، وكان يقولُ أوّلاً: يجبُ نصفُ المفروضَ كما إذا كان المهْرُ مفروضًا في العقدِ، وهو قولُ مالِكٍ[6] والشّافعيِّ[7]. واحتَجُّوا بقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة:٢٣٧] أوجب تعالى نصفَ المفروضَ في الطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ مُطْلَقًا من غيرِ فصلٍ بين ما إذا كان الفرضُ في العقدِ أو بعدَه؛ ولأنّ الفرضَ بعدَ العقدِ كالفرضِ في العقدِ. ثمّ المفروضُ في العقدِ يتنَصّفُ، فكذا المفروضُ بعدَه.

---

(١) في المخطوط: «بدل».
(٢) في المطبوع: «المهر».
(٣) في المخطوط: «يهلك بالمتعة».
(٤) في المخطوط: «عنه».
(٥) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٤٩٢)، شرح فتح القدير (٣/ ٣٢٨)، المبسوط (٥/ ٦٥)، حاشية رد المحتار (٣/ ١١٠).
(٦) مذهب المالكية: أنه يجب لها نصف الصداق إن كان الزوج هو السبب في الفسخ بتمليكه إياها أو أعسر بالصداق قبل الدخول، انظر: المعونة (٢/ ٥٤٨)، المدونة (٢/ ١٧٤ - ١٧٨)، التفريع (٢/ ٣٩ - ٤٣).
(٧) مذهب الشافعية: أن المفوضة إذا طلقت قبل الدخول، وقد كان فرض لها بعد العقد فإنها تستحق نصف ما فرض لها كالمسمى في العقد، انظر: الوسيط في المذهب (٥/ ٢٤٧)، روضة الطالبين (٧/ ٢٨٢، ٢٨٩)، مغني المحتاج (٣/ ٢٣١).

(ولهما): قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَاۖ فَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [الأحزاب :٤٩] أوجب المُتْعةَ في المُطَلَّقات قبلَ الدُّخولِ عامًّا، ثمّ خُصّتْ منه المُطَلَّقةُ قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ فيه تسميةٌ عندَ وُجودِه، فبقيَتِ المُطَلَّقةُ قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ لا تسميةَ فيه عندَ وُجودِه على أصلِ العُمومِ، وقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة :٢٣٦] أي: ولم تفرِضوا لهُنّ فريضةً لما ذكرنا فيما تقدَّمَ، وهو مُنْصَرِفٌ إلى الفرضِ في العقدِ؛ لأنّ الخطابَ يَنْصَرِفُ إلى المُتعارَفِ، والمُتعارَفُ هو الفرضُ في العقدِ لا مُتأخِّرًا عنه، وبه تَبيّنَ أنّ الفرضَ المذكورَ في قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدۡ فَرَضۡتُمۡ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ﴾ [البقرة :٢٣٧] [1]مُنْصَرِفٌ إلى المفروضِ [2] في العقدِ؛ لأنّه هو المُتعارَفُ، وبه نقول إنّ المفروضَ في العقدِ يتنَصّفُ بالطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ؛ ولأنّ مَهْرَ المثلِ قد وجب بنفسِ العقدِ لما ذكرنا فيما تقدَّمَ، فكان الفرضُ بعدَه تقديرًا لما وجب بالعقدِ، وهو مَهْرُ المثلِ، ومَهْرُ المثلِ يسقُطُ بالطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ، وتجبُ المُتْعةُ، فكذا ما هو بيانٌ وتقديرٌ له إذْ هو تقديرٌ لذلك الواجبِ.

[وكذا الفُرْقةُ بالإيلاءِ، واللِّعانِ، والجبِّ، والعُنّةِ، فكُلُّ فُرْقةٍ جاءتْ من قِبَلِ الزّوْجِ قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ لا تسميةَ فيه، فتوجِبُ المُتْعةَ؛ لأنّها توجِبُ نصفَ المُسمّى في نِكاحٍ فيه تسميةٌ، والمُتْعةُ عِوَضٌ عنه كرِدّةِ الزّوْجِ، وإبايةِ الإسلامِ، وكُلُّ فُرْقةٍ جاءتْ من قِبَلِ المرأةِ، فلا مُتْعةَ لها؛ لأنّه لا يجبُ بها المهْرُ أصلاً، فلا تجبُ بها المُتْعةُ. والمُخَيّرةُ إذا اختارَتْ نفسَها قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ لا تسميةَ فيه، فلَها المُتْعةُ؛ لأنّ الفُرْقةُ جاءتْ من قِبَلِ الزّوْجِ؛ لأنّ البيْنونةَ مُضافةٌ إلى الإبانةِ السّابقةِ، وهي فعلُ الزّوْجِ] [3].

وأمّا الذي تُستَحَبُّ فيه المُتْعةُ، فهو الطّلاقُ بعدَ الدُّخولِ، والطّلاقُ قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ فيه تسميةٌ، وهذا عندَنا [4].

وقال الشّافعيُّ: المُتْعةُ في الطّلاقِ بعدَ الدُّخولِ واجبةٌ [5]، واحتجَّ بقولِه تعالى:

---

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «الفرض».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٢٦٥)، مختصر الطحاوي (ص ١٨٤).

(٥) مذهب الشافعية: أن المتعة واجبة لكل مطلقة، انظر: الأم (٥/ ٦٩)، مختصر المزني (ص ١٨٤).

﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلْمَعْرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة:٢٤١] جعل سبحانه وتعالى لِلْمُطَلَّقات مَتاعًا باللاَّمِ المِلْكِ عامًّا، إلاَّ أنّه خُصِّصَتْ [(١)] منه المُطَلَّقةُ قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ فيه تسميةٌ، فبَقِيَتِ المُطَلَّقةُ قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ لا تسميةَ فيه، والمُطَلَّقةُ بعدَ الدُّخولِ على ظاهِرِ العُمومِ، ولَنَا ما ذكرنا أنّ المُتْعةَ وجبتْ بالنِّكاحِ بَدَلاً عن البُضْعِ إمَّا بَدَلاً عن نصفِ المهْرِ أو ابتِداءً، فإذا استَحَقَّتِ المُسَمَّى أو مَهْرَ المثلِ بعدَ الدُّخولِ، فلو وجبتِ المُتْعةُ؛ لأدَّى إلى أنْ يكونَ لمِلْكٍ [(٢)] واحِدٍ بَدَلانِ، أو [(٣)] الجمعِ بين البدلِ والأصلِ في حالةٍ واحِدةٍ، وهذا مُمْتَنِعٌ؛ ولأنّ المُطَلَّقةَ قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ فيه تسميةٌ لا تجبُ لها المُتْعةُ بالإجماعِ، فالمُطَلَّقةُ بعدَ الدُّخولِ أولى؛ لأنّ الأُولى تستَحِقُّ بعضَ المهْرِ والثّانيةَ تستَحِقُّ الكُلَّ فاستحقاقُ بعضِ المهْرِ لَمَّا مَنَعَ عن استحقاقِ المُتْعةِ فاستحقاقُ الكُلِّ أولى.

وأمَّا الآيةُ الكريمةُ، فيُحمَلُ ذِكْرُ المتاعِ فيها على النّدْبِ والاستحبابِ، ونحنُ به نقول إنّه يُنْدَبُ الزّوْجُ إلى ذلك كما يُنْدَبُ إلى أداءِ المهْرِ على الكمالِ في غيرِ المدخولِ بها أو يُحمَلُ على النّفَقةِ والكِسوةِ في حالِ قيامِ العِدَّةِ؛ ولأنّ كُلَّ ذلك مَتاعٌ إذِ المتاعُ اسمٌ لما يُنْتَفَعُ به عَمَلاً بالدّلائلِ كُلِّها بقدرِ الإمكانِ، [وكُلُّ فُرْقةٍ جاءتْ من قِبَلِ الزّوْجِ بعدَ الدُّخولِ تُستَحَبُّ فيها المُتْعةُ إلاَّ أنْ يَرْتَدَّ أو يَأبَى الإسلامَ؛ لأنّ الاستحبابَ طَلَبُ الفضيلةِ، والكافرُ ليس من أهلِ الفضيلةِ] [(٤)].

وأمَّا تفسيرُ المُتْعةِ الواجبةِ، فقد قال أصحابُنا: إنّها ثلاثةُ أثوابٍ دِرْعٌ، وخِمارٌ، ومِلْحَفةٌ [(٥)] وهكذا رُوِيَ عن الحسَنِ، وسَعيدِ بنِ المُسَيِّبِ، وعَطاءٍ، والشّعبيِّ.

وعن عبدِ اللَّه بنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّه قال: أرفَعُ المُتْعةِ الخادِمُ [(٦)]، ثمّ دونَ ذلك الكِسوةُ، ثمّ دونَ ذلك النّفَقةُ. (وقال الشّافعيُّ: ثلاثونَ دِرهَمًا [(٧)] له) [(٨)] ما رُوِيَ عن أبي مِجْلَزٍ أنّه قال: قُلْتُ لابنِ عمرَ رضي الله عنهما أخبِرْني عن المُتْعةِ، وأخبِرْني عن

---

(١) في المخطوط: «خصَّ».
(٢) في المخطوط: «لمثل».
(٣) في المطبوع: «إلى».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٤٩٢)، العناية مع فتح القدير (٣/ ٣٢٦).
(٦) أورده القرطبي في «التفسير»، (٣/ ٢٠١).
(٧) وفي بيان مذهب الشافعية: قال الشافعي في أصح قوليه: إنها تفوض إلى اجتهاد الحكم، والمستحب عنده أن لا تنقص عن ثلاثين درهمًا، انظر: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة (ص ٤٠٤).
(٨) في المخطوط: «للشافعي».

قدرِها، فإنّي موسِرٌ، فقال: اكْسُ كذا اكْسُ كذا اكْسُ كذا قال: فحَسَبْتُ ذلك، فوَجَدْتُه قدرَ ثلاثينَ دِرْهَمًا [١]، فدَلَّ أنّها مُقَدَّرةٌ بثلاثينَ دِرْهَمًا.

(ولَنا): قوله تعالى في آيةِ المُتْعةِ ﴿مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة:٢٣٦]، والمتاعُ اسمٌ للعُروضِ في العُرْفِ؛ ولأنّ لإيجاب الأثوابِ نَظيرًا في أُصولِ الشّرعِ، وهو الكِسوةُ التي تجبُ لها حالَ قيامِ [النّكاحِ و] [٢]العِدَّةِ، وأدنَى ما تكتَسي به المرأةُ، وتستَتِرُ به عندَ الخروجِ ثلاثةُ أثوابٍ، ولا نَظيرَ لإيجاب الثّلاثينَ، فكان إيجابُ ما له نَظيرٌ أولى، وقولُ عبدِ اللّه بنِ عمرَ.

(دليلُنا): لأنّه أمرَه بالكِسوةِ لا بدراهِمَ مُقَدَّرةٍ إلاّ أنّه اتُّفِقَ أنّ قيمةَ الكِسوةِ بَلَغَتْ ثلاثينَ دِرْهَمًا، وهذا لا يَدُلُّ على أنّ التّقْديرَ فيها بالثّلاثينَ. ولو أعطاها قيمةَ الأثوابِ دَراهِمَ، أو دَنانيرَ تُجْبَرُ على القبولِ؛ لأنّ الأثوابَ ما وجبتْ لعَيْنِها بل من حيث إنّها مالٌ، كالشّاةِ في خمسٍ من الإبِلِ في بابِ الزّكاةِ. وأمّا بيانُ مَنْ تُعتَبَرُ المُتْعةُ بحالِه، فقد اختلف العُلَماءُ فيه قال بعضُهم: قدرُ المُتْعةِ يُعتَبَرُ بحالِ الرّجُلِ في يسارِه، وإعسارِه، وهو قولُ أبي يوسفَ، وقال بعضُهم: تُعتَبَرُ بحالِ المرأةِ في يسارِها، وإعسارِها، وقال بعضُهم: تُعتَبَرُ بحالِهما جميعًا وقال بعضُهم: المُتْعةُ الواجبةُ تُعتَبَرُ بحالِها، والمُستَحَبَّةُ تُعتَبَرُ بحالِه.

(وجه قولِ مَنِ اعتَبَرَ حالَ الرّجلِ): قوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة:٢٣٦] جعل المُتْعةَ على قدرِ حالِ الرّجُلِ في يسارِه، وإعسارِه.

(وجه قولِ مَنْ قال) باعتِبارِ [٣] حالِها، أنّ المُتْعةَ بَدَلُ بُضْعِها، فيُعتَبَرُ حالُها، وهذا أيضًا وجه مَنْ يقولُ المُتْعةُ الواجبةُ تُعتَبَرُ بحالِها.

وقولُه المُتْعةُ المُستَحَبَّةُ تُعتَبَرُ بحالِه لا معنى له؛ لأنّ التّقْديرَ في الواجبِ لا في المُستَحَبِّ.

وجه قول مَنِ اعتبَرَ حالَهما أنّ اللّهَ تعالى اعتبَرَ في المُتْعةِ شيئَيْنِ:

أحدَهما: حالَ الرّجُلِ في يسارِه، وإعسارِه بقولِه عزَّ وجَلَّ: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة:٢٣٦].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «اعتبر».

والثاني: أنْ يكونَ مع ذلك بالمعروفِ بقولِه: ﴿مَتَـٰعًا بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٦] فلو اعتبَرْنا فيها حالَ الرّجُلِ دونَ حالِها عَسَى أنْ لا يكونَ بالمعروفِ؛ لأنّه يقتضي أنّه لو تزَوّجَ رجلٌ امرأتَيْنِ إحداهما شَريفةٌ، والأُخرى مولاةٌ دَنيئةٌ، ثمّ طَلَّقَهما قبلَ الدُّخولِ بهما، ولم يُسَمِّ لهما أنْ يستَوِيا في المُتْعةِ باعتِبارِ حالِ الرّجُلِ، وهذا مُنْكَرٌ في عاداتِ النّاسِ [٢/ ٤٠ب] لا معروفٌ، فيكونُ خلافَ النّصِّ.

ثمّ المُتْعةُ الواجبةُ لا تُزادُ على نصفِ مَهْرِ المثلِ بل هو نِهايةُ المُتْعةِ لا مَزيدَ عليه؛ لأنّ الحقَّ عندَ التّسميةِ آكَدُ، وأثبَتُ منه عندَ عَدَمِ التّسميةِ؛ لأنّ اللّهَ تعالى أوجب المُتْعةَ على قدرِ احتِمالِ مِلْكِ الزّوْجِ بقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة:٢٣٦]، فأوجب نصفَ المُسَمَّى مُطْلَقًا احتَمَلَه وُسعُ الزّوْجِ، ومِلْكُه أو لا. وكذا في وُجوبِ كمالِ مَهْرِ المثلِ، وسُقوطِه، ووُجوبِ المُتْعةِ في نِكاحٍ لا تسميةَ فيه، [وعَدَمِ أحدِ الزّوْجَيْنِ] (١) اختِلافٌ بين العُلَماءِ ولا خلافَ في وُجوبِ كمالِ المُسَمَّى من ذلك في نِكاحٍ فيه تسميةٌ دَلَّ أنّ الحقَّ أوكَدُ، وأثبَتُ عندَ التّسميةِ، ثمّ لا يُزادُ هناك على نصفِ المُسَمَّى، فلأَنْ لا يُزادَ ههنا على نصفِ مَهْرِ المثلِ أولى؛ ولأنّ المُتْعةَ بَدَلٌ عن نصفِ مَهْرِ المثلِ، ولا يُزادُ البدلُ على الأصلِ، ولا يَنْقُصُ من خمسةِ دَراهِمَ؛ لأنّها تجبُ على طَريقِ العِوَضِ، وأقَلُّ عِوَضٍ [يَثْبُتُ] (٢) في النّكاحِ نصفُ العشرةِ، واللهُ أعلَمُ.

فصل [في حكم اختلاف الزوجين في المهر]

وأمّا حكمُ اختِلافِ الزّوْجَيْنِ في المهرِ. فجُمْلةُ الكلامِ فيه أنّ الاختِلافَ في المهرِ إمّا أنْ يكونَ في حالِ حَياةِ الزّوْجَيْنِ، وإمّا أنْ يكونَ بعدَ موتِ أحدِهما بين الحيِّ منهما، ووَرَثةِ الميِّتِ، وإمّا أنْ يكونَ بعدَ موتِهما بين ورَثَتِهما.

فإنْ كان في حالِ حَياةِ الزّوْجَيْنِ. فأمّا إنْ كان قبلَ الطّلاقِ. وأمّا إنْ كان بعدَه، فإنْ كان قبلَ الطّلاقِ، فإنْ كان الاختِلافُ في أصلِ التّسميةِ يجبُ مَهْرُ المثلِ؛ لأنّ الواجبَ الأصليّ في بابِ النّكاحِ هو مَهْرُ المثلِ؛ لأنّه قيمةُ البُضعِ، وقيمةُ الشّيءِ مثلُه من كُلِّ وجهٍ، فكان هو العدْلُ، وإنّما التّسميةُ تقديرٌ لمَهْرِ المثلِ. فإذا لم تَثْبُتِ التّسميةُ لوُقوعِ الاختِلافِ فيها،

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) ليست في المخطوط.

وجب المصيرُ إلى الموجِبِ الأصليِّ، وإنْ كان الاختِلافُ في قدرِ المُسَمَّى أو جِنْسِه أو نوعِه أو صِفَتِه، فالمهْرُ لا يخلو إمَّا أنْ يكونَ دَيْنًا، وإمَّا أنْ يكونَ عَيْنًا، فإنْ كان دَيْنًا، فإمَّا أنْ يكونَ من الأثمانِ المُطْلَقةِ، وهي الدّراهِمُ، والدّنانيرُ.

وأمَّا إنْ كان من المكيلاتِ، والموزوناتِ، والمذروعاتِ الموصُوفةِ في الذِّمَّةِ، فإنْ كان من الأثمانِ المُطْلَقةِ، فاختلفا في قدرِه بأنْ قال الزّوْجُ: تَزَوّجْتُكِ على ألفِ دِرْهَمٍ. وقالتِ المرأةُ: تَزَوّجْتَني على ألفَيْنِ أو قال الزّوْجُ: تَزَوّجْتُكِ على مِائةِ دينارٍ. وقالتِ المرأةُ: على مِائتَيْ دينارٍ تَحالَفا، ويَبْدَأُ بيمينِ الزّوْجِ، فإنْ نَكَلَ أعطاها ألفَيْنِ، وإنْ حَلَفَ تحلِفُ المرأةُ، فإنْ نكَلَتْ أخذتْ ألفًا، وإنْ حَلَفَتْ يُحْكَمُ لها بمَهْرِ المثلِ إنْ كان مَهْرُ مثلِها مثلَ ما قالتْ أو أكثرَ، فلَها ما قالتْ وإنْ كان مَهْرُ مثلِها مثلَ ما قال الزّوْجُ أو أقلَّ، فلَها ما قال، وإنْ كان مَهْرُ مثلِها أقَلَّ مِمَّا قالتْ أو أكثرَ مِمَّا قال، فلَها مَهْرُ مثلِها، وهذا قولُ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ.

وقال أبو يوسفَ: لا يتحالَفانِ، والقولُ قولُ الزّوْجِ في هذا كُلِّه إلاَّ أنْ يَأتيَ بمُستنكِرٍ جِدًّا، والحاصِلُ أنّ أبا حنيفةَ، ومحمّدًا يحكُمانِ مَهْرَ المثلِ، ويُنْهيانِ الأمرَ إليه، وأبو يوسفَ لا يحكُمُه بل يجعلُ القولَ قولَ الزّوْجِ مع يمينِه إلاَّ أنْ يَأتيَ بشيءٍ مُستنكَرٍ، وقد اختُلِفَ في تفسيرِ المُستنكَرِ قِيلَ: هو أنْ يَدَّعيَ أنّه تزَوّجَها على أقَلَّ من عشرةِ دَراهِمَ، وهذا التّفْسيرُ يُرْوَى عن أبي يوسفَ - رحمه الله -؛ لأنّ هذا القدرَ مُستنكَرٌ شرعًا إذْ لا مَهْرَ في الشّرعِ أقَلَّ من عشرةٍ.

(وقيلَ): هو أنْ يَدَّعيَ أنّه تَزَوّجَها على ما لا يُزَوّجُ مثلُها به عادةً، وهذا يُحْكَى عن أبي الحسَنِ؛ لأنّ ذلك مُستنكَرٌ عُرْفًا، وهو الصّحيحُ من التّفْسيرِ؛ لأنّهما اختلفا في مقدارِ المهْرِ المُسَمَّى، وذلك اتّفاقٌ منهما على أصلِ المهْرِ المُسَمَّى، وما دونَ العشرةِ لم يُعرَفْ مَهْرًا في الشّرعِ بلا خلافٍ بين أصحابِنا.

وقد رُوِيَ عن أبي يوسفَ في المُتَبايِعَيْنِ إذا اختلفا في مقدارِ الثّمَنِ، والسِّلْعةُ هالِكةٌ أنّ القولَ قولُ المشتَري ما لم يَأتِ بشيءٍ مُستنكَرٍ.

(وجه قولِ أبي يوسفَ): أنّ القولَ قولُ المُنْكِرِ في الشّرعِ، والمُنْكِرُ هو الزّوْجُ؛ لأنّ المرأةَ تَدَّعي عليه زيادةَ مَهْرٍ، وهو يُنْكِرُ ذلك، فكان القولُ قولَه مع يمينِه كما في سائرِ المواضعِ،

والدّليلُ عليه أنّ المُتعاقِدَيْنِ في بابِ الإجارةِ إذا اختلفا في مقدارِ المُسَمَّى لا يُحْكَمُ بأجرِ المثلِ بل يكونُ القولُ قولَ المُستأجِرِ مع يمينِه لما قلنا كذا هذا.

(ولهما): أنّ القولَ في الشّرعِ والعقلِ قولُ مَنْ يَشْهَدُ له الظّاهرُ، والظّاهرُ يَشْهَدُ لمَنْ يوافِقُ قولُه مَهْرَ المثلِ؛ لأنّ النّاسَ في العاداتِ الجاريةِ يُقَدِّرونَ المُسَمَّى بمَهْرِ المثلِ، ويَبنونَه عليه لا برِضا الزّوْجِ بالزِّيادةِ عليه، والمرأةُ، وأولياؤُها لا يَرْضَوْنَ بالنُّقْصانِ عنه، فكانتِ التّسميةُ تقديرًا لمَهْرِ المثلِ، وبناءً عليه، فكان الظّاهرُ شاهِدًا لمَنْ يَشْهَدُ له مَهْرُ المثلِ، فيُحْكَمُ مَهْرُ المثلِ [٢/ ٤١أ] فإنْ كان ألفَيْنِ، فلَها ذلك؛ لأنّ الظّاهرَ شاهِدٌ لها، وإنْ كان أكثرَ من ألفَيْنِ لا يُزادُ عليه؛ لأنّها رَضيَتْ بالنُّقْصانِ، وإنْ كان مَهْرُ مثلِها ألفًا، فلَها ألفٌ؛ لأنّ الظّاهرَ شاهِدٌ للزّوْجِ، وإنْ كان أقَلَّ من ذلك لا يَنْقُصُ عن ألفٍ؛ لأنّ الزّوْجَ رَضيَ بالزِّيادةِ، وإنْ كان مَهْرُ مثلِها أكثرَ مِمّا قال، وأقَلَّ مِمّا قالتْ، فلَها مَهْرُ المثلِ؛ لأنّه هو الواجبُ الأصليُّ، وإنّما التّسميةُ تقديرٌ له لما قلنا، فلا يُعدَلُ عنه إلاّ عندَ ثُبوتِ التّسميةِ وصِحَّتِها، فإذا لم يَثْبُتْ لوُقوعِ الاختِلافِ؛ وجب الرّجوعُ إلى الموجِبِ الأصليِّ، وتحكيمُه، وإنّما يتحالَفانِ؛ لأنّ كُلَّ واحِدٍ منهما مُدَّعٍ من وجهٍ، ومُنْكِرٌ من وجهٍ.

أمّا الزّوْجُ؛ فلأنّ المرأةَ تَدَّعي عليه زيادةَ ألفٍ، وهو مُنْكِرٌ. وأمّا المرأةُ؛ فلأنّ الزّوْجَ يَدَّعي عليها تسليمَ النّفْسِ عندَ تسليمِ الألفِ إليها، وهي تُنْكِرُ، فكان كُلُّ واحِدٍ منهما مُدَّعيًا من وجهٍ، ومُنْكِرًا من وجهٍ، فيتحالَفانِ لقولِه ﷺ «واليمينُ على مَنْ أنكرَ»[1]، ويَبْدَأُ بيمينِ الزّوْجِ؛ لأنّه أشَدُّ إنْكارًا أو أسبَقُ إنْكارًا من المرأةِ؛ لأنّه مُنْكِرٌ قبلَ تسليمِ النّفْسِ، وبعدَه، ولا إنْكارَ من المرأةِ بعدَ تسليمِ النّفْسِ، وقبلَ التّسليمِ هو أسبَقُ إنْكارًا؛ لأنّ المرأةَ تقبِضُ المهرَ أوّلاً، ثمّ تُسَلِّمُ نفسَها، فتُطالِبُه بأداءِ المهرِ إليها، وهو يُنْكِرُ، فكان هو أسبَقُ إنْكارًا، فكانتِ البِدايةُ بالتّحليفِ منه أولى لما قلنا في اختِلافِ المُتَبايِعَيْنِ.

ذكر الكَرْخيُّ التّحالُفَ في هذه الفُصولِ الثّلاثةِ، وأنْكرَ الجصّاصُ التّحالُفَ إلاّ في فصلٍ واحِدٍ، وهو ما إذا لم يَشْهَدْ مَهْرُ المثلِ لدَعواهما بأنْ كان مَهْرُ مثلِها أكثرَ مِمّا قال الزّوْجُ، وأقَلَّ مِمّا قالتِ المرأةُ. وكذا في الجامعِ الصّغيرِ لم يذكرِ التّحالُفَ إلاّ في هذا الفصلِ.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/ ٢٥٢)، من حديث ابن عباس وأصله في الصحيحين بلفظ: «اليمين على المدعى عليه».

(وجهُه) (١): أنّ الحاجةَ إلى التّحالُفِ فيما لا شهادةَ للظّاهرِ [فيه] (٢)، فإذا كان مَهْرُ المثلِ مثلَ ما يَدَّعيه أحدُهما كان الظّاهرُ شاهِدًا له، فلا حاجةَ إلى التّحالُفِ، والظّاهرُ لا يَشْهَدُ لأحدِهما في [الفصل] (٣) الثّالثِ، فتقعُ الحاجةُ إلى التّحالُفِ.

(وجه ما ذكره الكرخيُّ): أنّ مَهْرَ المثلِ لا يَثْبُتُ إلاّ بعدَ سُقوطِ اعتِبارِ التّسميةِ، والتّسميةُ لا يسقُطُ اعتِبارُها إلاّ بالتّحالُفِ؛ لأنّ الظّاهرَ لا يكونُ حُجّةً على الغيرِ، فتقعُ الحاجةُ إلى التّحالُفِ، ثمّ إذا وجب التّحالُفُ، وبُدِئَ بيمينِ الزّوْجِ، فإنْ نكَلَ يُقْضَى عليه بألفَيْنِ؛ لأنّ النُّكولَ حُجّةٌ يُقْضَى بها في بابِ الأموالِ بلا خلافٍ بين أصحابِنا، ولا خيارَ للزّوْجِ، وهو أنْ يُعطيَها مَكان الدّراهِمِ دَنانيرَ؛ لأنّ تسميةَ الألفَيْنِ قد تَثْبُتُ بالنُّكولِ؛ لأنّه بمنزِلةِ الإقرارِ، ومن شَأنِ المُسَمَّى أنْ لا يكونَ للزّوْجِ العُدولُ عنه إلى غيرِه إلاّ برِضا المرأةِ.

وإنْ حَلَفَ تحلِفُ المرأةُ، فإنْ نَكَلَتْ لم يُقْضَ على الزّوْجِ إلاّ بالألفِ، ولا خيارَ له لما قلنا في نُكولِ الزّوْجِ، وإنْ حَلَفَتْ يُحْكَمُ (بمَهْرُ المثل) (٤) فإنْ كان مَهْرُ مثلِها ألفًا، قُضيَ لها على الزّوْجِ بألفٍ، ولا خيارَ له؛ لأنّ تسميةَ الألفِ قد تَثْبُتُ بتَصادُقِهِما، فيُمْنَعُ الخيارُ.

وإنْ كان مَهْرُ مثلِها ألفَيْنِ قُضيَ لها بألفَيْنِ، وله الخيارُ في أخذِ الألفَيْنِ دونَ الآخَرِ لثُبوتِ تسميةِ أحدِ الألفَيْنِ بتَصادُقِهِما دونَ الآخَرِ، وإنْ كان مَهْرُ مثلِها ألفًا وخمسَمِائةٍ قُضيَ لها بألفٍ وخمسِمِائةٍ، ولا خيارَ له في قدرِ الألفِ لثبوت تسمية الألف بتَصادُقِهِما، وله الخيارُ في قدرِ الخمسِمِائةِ؛ لأنّه لم تَثْبُتْ تسميةُ هذا القدرِ، فكان سبيلُها سبيلَ مَهْرِ المثلِ، فكان له الخيارُ فيها، ولا يُفْسَخُ العقدُ بعدَ التّحالُفِ في قولِ عامّةِ العُلَماءِ.

وقال ابنُ أبي ليلى: يُفْسَخُ كما في البيْعِ؛ لأنّ كُلَّ واحِدٍ منهما عَقْدٌ لا يجوزُ بغيرِ بَدَلٍ.

(ولَنا): الفرقُ بين البيْعِ والنّكاحِ، وهو أنّه لَمّا سَقَطَ اعتِبارُ التّسميةِ في بابِ البيْعِ يبقى البيْعُ بلا ثَمَنٍ، والبيْعُ بلا ثَمَنٍ بَيْعٌ فاسِدٌ، والبيع الفاسد واجبُ الرّفْعِ رَفْعًا للفَسادِ، وذلك بالفسخِ بخلافِ النّكاحِ، فإنْ ترك التّسميةَ أصلاً في النّكاحِ لا يوجِبُ فسادَه، فسُقوطُ

---

(١) في المخطوط: «ووجهه».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) زيادة من المخطوط.
(٤) في المطبوع: «مهر المثل».

اعتِبارِه بجَهالةِ المُسَمَّى بالتّعارُضِ أولى، فلا حاجةَ إلى الفسخِ، فهو الفرقُ، هذا كلُّه إذا لم يَقُم لأحدِهِما بَيِّنةٌ. فأمَّا إذا قامتْ لأحدِهِما بَيِّنةٌ، فإنّه يُقْضَى ببيِّنَتِه؛ لأنّها قامتْ على أمرٍ جائزِ الوُجودِ، ولا مُعارِضَ لها، فتُقْبَلُ، ولا يُحْكَمُ مَهْرُ المثلِ؛ لأنّ تحكيمَه ضروريٌّ، ولا ضرورةَ عندَ قيامِ البيِّنةِ، ولا خيارَ للزَّوْجِ؛ لأنّ التّسميةَ تَثْبُتُ بالبيِّنةِ، وأنّها تَمْنَعُ الخيارَ، وإنْ أقاما جميعًا البيِّنةَ، فإنْ كان مَهْرُ مثلِها ألفَ دِرْهَم يُقضَى ببيِّنَتِها؛ لأنّها تُظْهِرُ [(١)] زيادةَ ألفٍ، فكانتْ بينتها مُظْهِرةً، وبَيِّنةُ الزّوْجِ لم تُظْهِرْ شيئًا؛ لأنّها قامتْ على ألفٍ، والألفُ كان ظاهرًا بتَصادُقِهما، أو نقول: بَيِّنةُ المرأةِ أكثرُ إظهارًا، فكان القضاءُ بها أولى، ولا خيارَ [٢/ ٤١ب] للزَّوْجِ في الألفَيْنِ؛ لأنّ تسميةَ أحدِ الألفَيْنِ تَثْبُتُ بتَصادُقِهما، وتسميةُ الآخَرِ تَثْبُتُ بالبيِّنةِ، والتّسميةُ تَمْنَعُ الخيارَ.

وإنْ كان مَهْرُ مثلِها ألفَيْنِ، فقد اختلف المشايخُ فيه قال بعضُهم: يُقْضَى ببيِّنَتِها أيضًا؛ لأنّها تُظْهِرُ زيادةَ ألفٍ لم تكُنْ ظاهرةً بتَصادُقِهما، وإنْ كانتْ ظاهرةً بشهادةِ مَهْرِ المثلِ لكنّ هذا الظّاهرَ لا يكونُ حُجَّةً على الغيرِ، ألا ترى أنّه لا يُقْضَى به بدونِ اليمينِ أو البيِّنةِ، وتَصادُقُهما حُجَّةٌ بنفسِه، فكانتْ بَيِّنَتُها هي المُظْهِرةُ أو كانتْ أكثرَ إظهارًا، وبَيِّنةُ الزّوْجِ ليستْ بمُظْهِرةٍ؛ لأنّ الألفَ كان ظاهرًا بتَصادُقِهما أو هي أقَلُّ إظهارًا، فكان القضاءُ ببيِّنَتِها أولى.

وقال بعضُهم: [يُقْضَى] [(٢)] ببيِّنةِ الزّوْجِ؛ لأنّ بَيِّنةَ الزّوْجِ تُظْهِرُ حَطَّ الألفِ عن مَهْرِ المثلِ، وذلك ألفانِ لثُبوتِ الألفَيْنِ بشهادةِ مَهْرِ المثلِ، فيظهرُ حَطٌّ عن مَهْرِ المثلِ بشهادَتِه، وبيِّنَتُها لا تُظْهِرُ شيئًا؛ لأنّ أحدَ الألفَيْنِ كان ظاهرًا بتَصادُقِهما، والآخَرُ كان ظاهرًا بشهادةِ مَهْرِ المثلِ أو يُظْهِرَ صِفةَ التّعيينِ للألفَيْنِ؛ لأنّ الثّابتَ بشهادةِ مَهْرِ المثلِ ألفانِ، يُخَيَّرُ الزوجُ في إحداهما، وبالبينة يُظْهِرُ صِفةَ التّعيينِ لهما، وبَيِّنَتُه مُظْهِرةٌ للأصلِ، فكان القضاءُ ببيِّنَتِه أولى، وإنْ كان مَهْرُ مثلِها ألفًا، وخمسَمِائةٍ بَطَلَتِ البيِّنَتانِ للتَّعارُضِ؛ لأنّ مَهْرَ المثلِ لا يَشْهَدُ لأحدِهِما، فكانتْ كُلُّ واحِدةٍ منهما مُظْهِرةً، وليس (القضاءُ بإحداهما) [(٣)] أولى من الأُخرى فبطَلَتْ [(٤)]، فبَقِيَ الحكمُ بمَهْرِ المثلِ، ولا خيارَ له في

---

(١) في المخطوط: «توجب».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «إحداهما».

(٤) في المخطوط: «فبطلتا».

قدرِ الألفِ؛ لأنّ البيِّنَتَيْنِ التَحقَتا بالعدَمِ للتَّعارُضِ، فبَقيَ هذا القدرُ مُسمًّى بتَصادُقِهِما، وله خيارٌ في قدرِ الخمسِمِائةِ لثُبوتِه على وجه مَهْرِ المثلِ.

وكذلك إنْ كان دَيْنًا موصُوفا في الذِّمَّةِ بأنْ تزَوّجَها على مَكيلٍ موصُوفٍ، أو موزونٍ موصُوفٍ، أو مَذْروعٍ موصُوفٍ، فاختلفا في قدرِ الكيلِ أو الوَزْنِ أو الذَّرْعِ، فالاختِلافُ فيه كالاختِلافِ في قدرِ الدّراهِمِ، والدّنانيرِ، ولِهذا يتحالَفانِ، ويُحْكَمُ مَهْرُ المثلِ في قولِ أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ؛ لأنّ القدرَ في المكيلِ والموزونِ معقودٌ عليه. وكذا في المذروعِ إذا كان في الذِّمَّةِ، وإنْ لم يكنْ معقودًا عليه بل كان جاريًا مجرى الصِّفةِ إذا كان عَيْنًا؛ لأنّ ما في الذِّمَّةِ غائبٌ مَذْكورٌ يختلفُ أصلُه باختِلافِ وصْفِه، فجَرى الوَصْفُ فيما في الذِّمَّةِ مجرى الأصلِ، ولِهذا كان الاختِلافُ في صِفةِ المُسلَمِ فيه موجِبًا للتَّحالُفِ، فكان اختِلافُهما في الوَصْفِ بمنزِلةِ اختِلافِهما في الأصلِ، وذلك يوجِبُ التّحالُفَ كذا هذا.

وعندَ أبي يوسفَ لا يتحالَفانِ، والقولُ قولُ الزّوْجِ مع يمينِه، وإنْ كان الاختِلافُ في جِنْسِ المُسَمَّى بأنْ قال الزّوْجُ: تَزَوّجْتُكِ على عبدٍ، فقالتْ: على جاريةٍ، أو قال الزّوْجُ: تَزَوّجْتُكِ على كُرِّ شَعيرٍ، فقالتْ: على كُرِّ حِنطةٍ أو على ثيابٍ هَرَوِيّةٍ أو قال: على ألفِ دِرْهَمٍ. وقالتْ: على مِائةِ دينارٍ، أو في نوعِه كالتُّرْكيِّ مع الرّوميِّ، والدّنانيرِ المِصْريّةِ مع الصُّوريّةِ أو في صِفَتِه من الجوْدةِ، والرّداءةِ، فالاختِلافُ فيه كالاختِلافِ في العيْنَيْنِ إلاّ الدّراهِمَ، والدّنانيرَ، فإنّ الاختِلافَ فيهِما كالاختِلافِ في الألفِ، والألفَيْنِ، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ كُلَّ واحِدٍ من الجِنْسَيْنِ، والنّوْعَيْنِ، والموصُوفَيْنِ لا يُمْلَكُ إلاّ بالتّراضي بخلافِ الدّراهِمِ، والدّنانيرِ، فإنّهما، وإنْ كانا جِنْسَيْنِ مختلِفَيْنِ لكنّهما في بابِ مَهْرِ المثلِ يُقْضَى من جِنْسِ الدّراهِمِ، والدّنانيرِ، فجاز أنْ يستَحِقَّ المِائةَ دينارٍ من غيرِ تَراضٍ بخلافِ العبدِ؛ لأنّ مَهْرَ المثلِ لا يُقْضَى من جِنْسِه، فلم يَجز أنْ يُمْلَكَ من غيرِ تَراضٍ، فيُقْضَى بقدرِ قيمَتِه.

وهذا إذا كان المهْرُ دَيْنًا فأمّا إذا كان عَيْنًا. فإنِ اختلفا في قدرِه فإنْ كان مِمّا يتعلَّقُ العقدُ بقدرِه بأنْ تزَوّجَها على طَعامٍ بعَيْنِه، فاختلفا في قدرِه، فقال الزّوْجُ: تَزَوّجْتُكِ على هذا الطّعامِ بشرطِ أنّه كُرٌّ، وقالتِ المرأةُ: تَزَوّجْتَني عليه بشرطِ أنّه كُرّانِ، فهي مثلُ الاختِلافِ في الألفِ، والألفَيْنِ، وإنْ كان مِمّا لا يتعلَّقُ العقدُ بقدرِه بأنْ تَزَوّجَها على ثوْبٍ بعَيْنِه كُلُّ

ذِراعٍ منه يُساوِي عشرةَ دَراهِمَ فاختلفا، فقال الزّوْجُ: تَزَوّجْتُكِ على هذا الثّوبِ بشرطِ أنّه ثَمانيةُ أذرُعٍ، فقالتْ: بشرطِ أنّه عشرةُ أذرُعٍ لا يتحالَفانِ، ولا يُحْكَمُ مَهْرُ المثلِ، والقولُ قولُ الزّوْجِ بالإجماعِ.

ووجه الفرقِ بين الطّعامِ والثّوبِ: أنّ القدرَ في بابِ الطّعامِ معقودٌ عليه حقيقةً وشرعًا أمّا الحقيقةُ؛ فلأنّ المعقودَ عليه عَيْنٌ، وذاتُ حقيقةٍ. وأمّا الشّرعُ، فإنّه إذا اشترى طَعامًا على أنّه عشرةَ أقفِزةٍ، فوَجَدَه أحدَ عشرَ لا يَطيبُ له الفضْلُ، والاختِلافُ في المعقودِ عليه يوجِبُ [٢/ ٤٢أ] التّحالُفَ.

فأمّا القدرُ في بابِ الثّوبِ، وإنْ كان من أجزاءِ الثّوبِ حقيقةً لكنّه جارٍ مجرى الوَصْفِ، وهو صِفةُ الجوْدةِ شرعًا؛ لأنّه يوجِبُ صِفةَ الجوْدةِ لغيرِه من الأجزاءِ ألا ترى أنّ مَنِ اشترى ثَوْبًا على أنّه عشرةُ أذرُعٍ، فوَجَدَه أحدَ عشرَ طابَ له الفضْلُ، والاختِلافُ في صِفةِ المعقودِ عليه إذا كان عَيْنًا لا يوجِبُ التّحالُفَ كما إذا اختلفا في صِفةِ الجوْدةِ [في العيْنِ] (١).

والأصلُ أنّ ما يوجِبُ فواتُ بعضِه نُقْصانًا في البقيّةِ، فهو جارٍ مجرى الصِّفةِ، وما لا يوجِبُ فواتُ بعضِه نُقْصانًا في الباقي لا يكونُ جاريًا مجرى الصِّفةِ، وإنِ اختلفا في جِنْسِه وعَيْنِه، كالعبدِ والجاريةِ بأنْ قال الزّوْجُ: تَزَوّجْتُكِ على هذا العبدِ. وقالتِ المرأةُ: على هذه الجاريةِ، فهو مثلُ الاختِلافِ في الألفِ، والألفَيْنِ إلاّ في فصلٍ واحِدٍ، وهو ما إذا كان مَهْرُ مثلِها مثلَ قيمةِ الجاريةِ أو أكثرَ، فلَها قيمةُ الجاريةِ لا عَيْنُها؛ لأنّ تَمْليكَ الجاريةِ لا يكونُ إلاّ بالتّراضي، ولم يَتّفِقا على تَمْليكِها، فلم يوجَدِ الرِّضا من صاحِبِ الجاريةِ بتَمْليكِها، فتعَذّرَ التّسليمُ، فيُقْضَى بقيمَتِها بخلافِ ما إذا اختلفا في الدّراهِمِ أو الدّنانيرِ، فقال الزّوْجُ: تَزَوّجْتُكِ على ألفِ دِرْهَمٍ. وقالتِ المرأةُ: على مِائةِ دينارٍ أنّ الاختِلافَ فيه كالاختِلافِ في الألفِ، والألفَيْنِ على معنى أنّ مَهْرَ مثلِها إنْ كان مثلَ مِائةِ دينارٍ أو أكثرَ، فلَها المِائةُ دينارٍ لما مرّ أنّ مَهْرَ المثلِ يُقْضَى من جِنْسِ الدّراهِمِ، والدّنانيرِ، فلا يُشْتَرَطُ فيه التّراضي بخلافِ العبدِ، فإنّ مَهْرَ المثلِ لا يُقْضَى من جِنْسِه، فلا يجوزُ أنْ يُمْلَكَ من غيرِ مُراضاةٍ، ولا يكونُ لها أكثرَ من قيمَتِها، وإنْ كان مَهْرُ مثلِها أكثرَ من قيمَتِها؛ لأنّها رَضيَتْ بهذا القدرِ.

---

(١) ليست في المخطوط.

وما كان القولُ فيه - أي من العيْنِ - قولَ الزّوْجِ، فهلَكَ، فاختلفا في قدرِ قيمَتِه، فالقولُ فيه قولُ الزّوْجِ أيضًا؛ لأنّ المُسَمَّى مُجمَعٌ عليه، فكانتِ القيمةُ دَيْنًا عليه، والاختِلافُ إذا وقَعَ في قدرِ الدّيْنِ، فالقولُ قولُ المديونِ كما في سائرِ الدُّيونِ هذا كُلُّه إذا اختلفا قبلَ الطّلاقِ. ولو اختلفا بعدَ الطّلاقِ، فإنْ كان بعدَ الدُّخولِ أو قبلَ الدُّخولِ بعدَ الخلْوةِ، فالجوابُ في الفُصُولِ كُلِّها كالجوابِ فيما لو اختلفا حالَ قيامِ النّكاحِ؛ لأنّ الطّلاقَ بعدَ الدُّخولِ أو قبلَ الدُّخولِ بعدَ الخلْوةِ مِمّا لا يوجِبُ سُقوطَ مَهْرِ المثلِ.

وإنْ كان قبلَ الدُّخولِ بها، وقبلَ الخلْوةِ، فإنْ كان المهْرُ دَيْنًا، فاختلفا في الألفِ، والألفَيْنِ، فالقولُ قولُ الزّوْجِ، ويُتَنَصّفُ ما يقولُ الزّوْجُ، كذا ذُكِرَ في كتابِ النِّكاحِ والطّلاقِ، ولم يُذْكَرِ الاختِلافُ، كذا ذكر الطّحاوِيُّ أنّه يُتَنَصّفُ ما يقولُ الزّوْجُ، ولم يذكرِ الخلافَ.

وذكر الكَرْخيُّ، وحَكَى الإجماعَ، فقال: لها نصفُ الألفِ في قولِهم. وذكر محمّدٌ في الجامعِ الصّغيرِ. وقال: ينبغي أنْ يكونَ القولُ قولَ المرأةِ إلى مُتْعةِ مثلِها، والقولُ قولُ الزّوْجِ في الزِّيادةِ على قياسِ قولِ أبي حنيفةَ.

(ووجهُه): أنّ المُسَمَّى لم يَثْبُتْ لوُقوعِ الاختِلافِ فيه، والطّلاقُ قبلَ الدُّخولِ في نِكاحٍ لا تسميةَ فيه يوجِبُ المُتْعةَ، ويُحْكَمُ مُتْعةُ مثلِها؛ لأنّ المرأةَ ترضَى بذلك، والزّوْجُ لا يَرْضَى بالزِّيادةِ، فكان القولُ قولَه في الزِّيادةِ، والصّحيحُ هو الأوّلُ؛ لأنّه لا سبيلَ إلى تحكيمِ مَهْرِ المثلِ ههنا؛ لأنّ مَهْرَ المثلِ لا يَثْبُتُ في الطّلاقِ قبلَ الدُّخولِ، فتَعَذّرَ تحكيمُه، فوَجَبَ إثباتُ المُتيَقّنِ، وهو نصفُ الألفِ، ومُتْعةُ مثلِها لا تَبْلُغُ ذلك عادةً، فلا معنى لتحكيمِ المُتْعةِ على إقرارِ الزّوْجِ بالزِّيادةِ.

وقيلَ: لا خلافَ بين الرّوايتيْنِ في الحقيقةِ، وإنّما اختلف الجوابُ لاختِلافِ وضْعِ المسألةِ، فوَضْعُ المسألةِ في كتابِ النّكاحِ في الألفِ، والألفَيْنِ، ولا وجهَ لتحكيمِ المُتْعةِ؛ لأنّ الزّوْجَ أقَرَّ لها بخمسِمائةٍ، وهي تَزيدُ على مُتْعةِ مثلِها عادةً، فقد أقَرَّ الزّوْجُ لها بمُتْعةِ مثلِها، وزيادةٍ، فكان لها ذلك، ووَضَعَها في الجامعِ الكبيرِ في العشرةِ والمِائةِ بأنْ قال الزّوْجُ: تَزَوّجْتُكِ على عشرةِ دَراهِمَ. وقالتِ المرأةُ: تَزَوّجْتَني على مِائةِ دِرْهَم، ومُتْعةُ مثلِها عشرونَ، ففي هذه الصُّورةِ يكونُ الزّوْجُ مُقرًّا لها بخمسةِ دَراهِمَ، وذلك أقَلُّ

من مُتْعةِ مثلِها عادةً، فكان لها مُتْعةُ مثلِها.

وإنْ كان المهْرُ عَيْنًا كما في مسألةِ العبدِ والجاريةِ، فلَها المُتْعةُ إلاَّ أنْ يَرْضَى الزّوْجُ أنْ يَأخُذَ نصفَ الجاريةِ بخلافِ ما إذا اختلفا في الألفِ، والألفَيْنِ؛ لأنّ نصفَ الألفِ هناك ثابِتةٌ بيَقينٍ لاتِّفاقِهما على تسميةِ الألفِ، فكان القضاءُ بنصفِها حكمًا بالمُتَيَقَّنِ، و(المِلْكُ في)[1] نصفِ الجاريةِ ليس بثابِتٍ بيَقينٍ؛ لأنّهما لم يَتّفِقا على تسميةِ أحدِهما، فلم يُمْكِنِ القضاءُ بنصفِ الجاريةِ إلاَّ باختيارِهما، فإذا لم يوجَدْ سَقَطَ البدلانِ، فوَجَبَ الرّجوعُ إلى المُتْعةِ، هذا إذا كان الاختِلافُ في [حال][2] حَياةِ الزّوْجَيْنِ.

فإنْ كان في حَياةِ أحدِهما بعدَ موتِ الآخَرِ بينه وبين ورَثةِ الميِّتِ، فكذلك الجوابُ أنّ القولَ قولُ المرأةِ إلى تَمامِ مَهْرِ مثلِها إنْ كانتْ حَيّةً، وقولُ ورَثَتِها إنْ كانتْ مَيّتةً، والقولُ قولُ الزّوْجِ، ووَرَثَتِه في الزِّيادةِ عندَهما، وعندَ أبي يوسفَ القولُ قولُ ورَثةِ الزّوْجِ، إلاَّ أنْ يَأتوا بشيءٍ مُستنكَرٍ. وإنْ كان الاختِلافُ بين ورَثةِ الزّوْجَيْنِ، فإنِ اختلفوا في أصلِ التّسميةِ، وكونِها، فقد قال أبو حنيفةَ لا أقضي بشيءٍ حتّى تقومَ البيِّنةُ على أصلِ التّسميةِ، وعندَهما يُقْضَى بمَهْرِ المثلِ كما في حالِ الحياةِ.

(وجه قولِهما): أنّ التّسميةَ إذا لم تَثْبُتْ لاختِلافِهما، وجب مَهْرُ المثلِ بالعقدِ، فيبقى بعدَ موتِهما كالمُسَمَّى، وصار كأنّه تزَوّجَها، ولم يُسَمِّ لها مَهْرًا، ثمّ ماتا.

وجوابُ أبي حنيفةَ هناك أنّه لا يُقْضَى بشيءٍ حتّى تقومَ البيِّنةُ على التّسميةِ.

أمّا قولُهما أنّ مَهْرَ المثلِ يجبُ بالعقدِ عندَ عَدَمِ التّسميةِ، فالجوابُ عنه من وجهينِ:

أحدهما: أنّه وجب لكنّه لم يَبْقَ إذِ المهْرُ لا يبقى بعدَ موتِ الزّوْجَيْنِ عادةً، وهذا قولُ أبي حنيفةَ في المسألةِ بل الظّاهرُ هو الاستيفاءُ والإبراءُ هذا هو العادةُ بين النّاسِ، فلا يَثْبُتُ البقاءُ إلاَّ بالبيِّنةِ.

والثاني: لَئِنْ[3] سَلَّمْنا أنّه بَقِيَ لكنّه تَعَذَّرَ القضاءُ به؛ لأنّ موضوعَ المسألةِ عندَ التّقادُمِ، وعندَ التّقادُمِ لا يُدْرى ما حالُها، ومَهْرُ المثلِ يُقَدَّرُ بحالِها، فيتعَذَّرُ التّقْديرُ على أنّ اعتِبارَ مَهْرِها بمَهْرِ مثلِ نِساءِ عَشيرَتِها، فإذا ماتا، فالظّاهرُ موتُ نِساءِ عَشيرَتِها، فلا يُمْكِنُ

---

(١) في المخطوط: «تمليك».
(٢) زيادة من المخطوط.
(٣) في المخطوط: «إن».

التَّقْديرُ.

[(وجه قولِ أبي حنيفةَ في هذه المسألةِ) مشكِلٌ] [(١)] ولو اختلفتِ الوَرَثةُ في قدرِ المهْرِ، فالقولُ قولُ ورَثةِ الزَّوْجِ عندَ أبي حنيفةَ. وعندَ أبي يوسفَ القولُ قولُ ورَثةِ الزَّوْجِ إلاَّ أنْ يَأتوا بشيءٍ مُستنكَرٍ جِدًّا، وعندَ محمّدٍ القولُ قولُ ورَثةِ المرأةِ إلى قدرِ مَهْرِ مثلِها كما في حالِ الحياةِ.

ولو بَعَثَ الزَّوْجُ إلى امرأتِه شيئًا، فاختلفا، فقالتِ المرأةُ: هو هَديّةٌ. وقال الزَّوْجُ: هو من المهْرِ، فالقولُ قولُ الزَّوْجِ إلاَّ في الطّعامِ الذي يُؤْكَلُ؛ لأنّ الزّوْجَ هو المُملِّكُ، فكان أعرف بجِهةِ تَمْليكِه، فكان القولُ قولَه إلاَّ فيما يُكَذِّبُه الظّاهرُ، وهو الطّعامُ الذي يُؤْكَلُ؛ لأنّه لا يُبْعَثُ مَهْرًا عادةً، والله الموفق.

فصل [اختلاف الزوجين في متاع البيت]

ومِمَّا يَتَّصِلُ بهذا اختِلافُ الزّوْجَيْنِ في مَتاعِ البيتِ، ولا بَيِّنَةَ لأحدِهِما. وجُمْلةُ الكلامِ فيه أنّ الاختِلافَ في مَتاعِ البيتِ إمَّا أنْ يكونَ بين الزّوْجَيْنِ في حالِ حَياتِهِما، وإمَّا أنْ يكونَ بين ورَثَتِهِما بعدَ وفاتِهِما، وإمَّا أنْ يكونَ في حالِ حَياةِ أحدِهِما، وموتِ الآخَرِ.

فإنْ كان في حالِ حَياتِهِما، فإمَّا أنْ يكونَ في حالِ قيامِ النّكاحِ، وإمَّا أنْ يكونَ بعدَ زَوالِه بالطّلاقِ، فإنْ كان في حالِ قيامِ النّكاحِ، فما كان يصلُحُ للرِّجالِ كالعِمامةِ، والقلَنْسوةِ، والسِّلاحِ وغيرِها، فالقولُ فيه قولُ الزّوْجِ؛ لأنّ الظّاهرَ شاهِدٌ له، وما يصلُحُ للنِّساءِ مثلُ الخِمارِ والمِلْحَفةِ والمِغْزَلِ ونحوِها، فالقولُ فيه قولُ الزّوْجةِ [(٢)]؛ لأنّ الظّاهرَ شاهِدٌ لها وما يصلُحُ لهما جميعًا كالدّراهِمِ، والدّنانيرِ، والعُروضِ والبُسُطِ والحُبوبِ [ونحوِها] [(٣)] فالقولُ فيه قولُ الزّوْجِ. وهذا قولُ أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ.

وقال أبو يوسف: القولُ قولُ المرأةِ إلى قدرِ جَهازِ مثلِها في الكُلِّ، والقولُ قولُ الزّوْجِ في الباقي. وقال زُفَرُ: في قولِ المشكِلُ بينهما نصفانِ [(٤)]، وفي قولٍ آخَرَ، وهو قولُ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «المرأة».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٣٤٥)، مختصر الطحاوى ص (٢٢٨، ٢٢٩)، المبسوط (٢/ ٢٦٧).

مالِكٍ [١]، والشّافعيِّ [٢]: الكُلُّ بينهما نصفانِ. وقال: ابنُ أبي ليلى القولُ قولُ الزّوْجِ في الكُلِّ إلاّ في ثيابِ بَدَنِ المرأةِ. وقال الحسَنُ: القولُ قولُ المرأةِ في الكُلِّ إلاّ في ثيابِ بَدَنِ الرّجُلِ.

(وجه قولِ الحسَنِ): أنّ يَدَ المرأةِ على ما في داخِلِ البيتِ أظهَرُ منه في يَدِ الرّجُلِ، فكان الظّاهرُ لها شاهِدًا إلاّ في ثيابِ بَدَنِ الرّجُلِ؛ لأنّ الظّاهرَ يُكَذِّبُها في ذلك، ويُصَدِّقُ الزّوْجَ.

(وجه قولِ ابنِ أبي ليلى): أنّ الزّوْجَ أخَصُّ بالتّصرُّفِ فيما في البيتِ، فكان الظّاهرُ شاهِدًا له إلاّ في ثيابِ بَدَنِها، فإنّ الظّاهرَ يُصَدِّقُها فيه، ويُكَذِّبُ الرّجُلَ.

وجه قولِ زُفر أنّ يَدَ كُلِّ واحِدٍ من الزّوْجَيْنِ إذا كانا حُرَّيْنِ ثابِتةٌ على ما في البيتِ، فكان الكُلُّ بينهما نصفَيْنِ، وهو قياسُ قولِه إلاّ أنّه خَصّ المشكِلَ بذلك في قولٍ؛ لأنّ الظّاهرَ يَشْهَدُ لأحدِهما في غير المشكِلِ ولا يشهد لأحدهما في المشكل.

(وجه قولِ أبي يوسفَ): أنّ الظّاهرَ يَشْهَدُ للمرأةِ إلى قدرِ جَهازِ مثلِها؛ لأنّ المرأةَ لا تخلو عن الجهازِ عادةً، فكان الظّاهرُ شاهِدًا لها في ذلك القدرِ، فكان القولُ في هذا القدرِ قولَها، والظّاهرُ يَشْهَدُ للرَّجُلِ في الباقي [٢/ ٣٤٣أ]، فكان القولُ قولَه في الباقي.

(وجه قولِهما): أنّ يَدَ الزّوْجِ على ما في البيتِ أقوى من يَدِ المرأةِ؛ لأنّ يَدَه يَدٌ مُتَصَرِّفةٌ، ويَدُها يَدٌ حافِظةٌ، ويَدُ التّصرُّفِ أقوى من يَدِ الحِفْظِ كاثْنَيْنِ يتنازَعانِ [٣] في دابَّةٍ، وأحدُهما راكِبُها، والآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بلِجامِها أنّ الرّاكِبَ أولى إلاّ أنّ فيما يصلُحُ لها عارض هذا الظّاهرَ ما هو أظهَرُ منه، فسَقَطَ اعتِبارُه، وإنِ اختلفا بعدَ ما طَلّقَها ثلاثًا أو بائنًا، فالقولُ قولُ الزّوْجِ؛ لأنّها صارتْ أجنَبيّةً بالطّلاقِ، فزالَتْ يَدُها، والتَحقَتْ بسائرِ الأجانِبِ. هذا إذا اختلف الزّوْجانِ قبلَ الطّلاقِ أو بعدَه (فأمّا) إذا ماتا، فاختلف، ورَثَتُهما، فالقولُ قولُ ورَثةِ الزّوْجِ في قولِ أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ، وعندَ أبي يوسفَ القولُ قولُ ورَثةِ المرأةِ إلى قدرِ جَهازِ مثلِها، وقولُ ورَثةِ الزّوْجِ في الباقي؛ لأنّ الوارِثَ يقومُ

---

(١) مذهب المالكية: كقول محمد بن الحسن بأن جميع المتاع بين الزوجين نصفان، انظر: المدونة (٢/ ٢٦٧).

(٢) مذهب الشافعية: أن جميع المتاع بينهما نصفان، انظر: الأم (٧/ ١٥)، المهذب (٢/ ٣١٨).

(٣) في المخطوط: «تنازعا».

مَقام المورَثِ، فصار كأنّ المورَثَيْنِ اختلفا بأنفسِهما، وهما حَيّانِ.

وإنْ ماتَ أحدُهما، واختلف الحيُّ [منهما] (١) ووَرَثةُ الميِّتِ، فإنْ كان الميِّتُ هو المرأةُ، فالقولُ قولُ الزّوْجِ عندَ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ؛ لأنّها لو كانتْ حَيّةً لَكان القولُ قولَه، فبعدَ الموتِ أولى. وعندَ أبي يوسفَ القولُ قولُ ورَثَتِها إلى قدرِ جَهازِ مثلِها، وإنْ كان الميِّتُ هو الزّوْجُ، فالقولُ قولُها عندَ أبي حنيفةَ في المشكِلِ، وعندَ أبي يوسفَ في قدرِ جَهازِ مثلِها، وعندَ محمّدٍ القولُ قولُ ورَثةِ الزّوْجِ.

(وجه قولِهما): ظاهرٌ؛ لأنّ الوارِثَ قائمٌ مَقام المورَثِ، ولأبي حنيفةَ أنّ المتاعَ كان في يَدِهما في حَياتِهما؛ لأنّ الحُرَّةَ من أهلِ المِلْكِ واليدِ، فينبغي أنْ يكونَ بينهما نصفَيْنِ كما قال زُفَرُ؛ لأنّ (٢) يَدَ الزّوْجِ كانتْ أقوى، فسَقَطَتْ يَدُها بيَدِ الزّوْجِ، فإذا ماتَ الزّوْجُ، فقد زالَ المانِعُ، فظهرتْ يَدُها على المتاعِ.

ولو طَلَّقَها في مرَضِه ثلاثًا أو بائنًا، فماتَ، ثمّ اختلفتْ هي ووَرَثةُ الزّوْجِ، فإنْ ماتَ بعدُ انقِضاءِ العِدَّةِ، فالقولُ قولُ ورَثةِ الزّوْجِ؛ لأنّ القولَ قولُ الزّوْجِ في المشكِلِ بعدَ الطّلاقِ، فكان القولُ قولَ ورَثَتِه بعدَه أيضًا، وإنْ ماتَ قبلَ انقِضاءِ العِدَّةِ، فالقولُ قولُها عندَ أبي حنيفةَ في المشكِلِ. وعندَ أبي يوسفَ في قدرِ جَهازِ مثلِها.

وعندَ محمّدٍ: القولُ قولُ ورَثةِ الزّوْجِ؛ لأنّ العِدَّةَ إذا كانتْ قائمةً كان النِّكاحُ قائمًا من وجهٍ، فصار كما لو ماتَ الزّوْجُ قبلَ الطّلاقِ، وبَقيَتِ المرأةُ، وهناك القولُ قولُها عندَ أبي حنيفةَ في المشكِلِ وعندَ أبي يوسفَ في قدرِ جَهازِ مثلِها، وعندَ محمّدٍ: القولُ قولُ ورَثةِ الزّوْجِ كذا ههنا. هذا كُلُّه إذا كان الزّوْجانِ حُرَّيْنِ أو مَمْلوكَيْنِ أو مُكاتَبَيْنِ. فأمّا إذا كان أحدُهما حُرًّا، والآخَرُ مَمْلوكًا أو مُكاتَبًا، فعندَ أبي حنيفةَ القولُ قولُ الحُرِّ، وعندَهما إنْ كان المملوكُ محجورًا، فكذلك. وأمّا إذا كان مَأذونًا أو مُكاتَبًا، فالجوابُ فيه، وفيما إذا كانا حُرَّيْنِ سَواءٌ.

(وجه قولِهما): أنّ المُكاتَبَ في مِلْكِ اليدِ بمنزلةِ الحُرِّ بل هو حُرٌّ يَدًا، ولِهذا كان أحَقَّ بمكاسِبِه. وكذا المأذونُ المديونُ، فصار كما لو اختلفا، وهما حُرّانِ.

(ولأبي حنيفةَ): أنّ كُلَّ واحِدٍ منهما مَملوكٌ أمّا المأذونُ، فلا شَكَّ فيه. وكذا المُكاتَبُ؛

---

(١) زيادة من المخطوط.

(٢) في المخطوط: «إلا أن».

لأنّه عبدٌ ما بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ على لسانِ رسولِ اللّه ﷺ [(١)] والعبدُ اسمٌ للمَمْلوكِ، والمملوكُ لا يكونُ من أهلِ المِلْكِ، فلا تَصْلُحُ يَدُه دليلاً على المِلْكِ، فلا تَصْلُحُ مُعارِضةً ليَدِ الحُرِّ، فبَقِيَتْ يَدُه دليلَ المِلْكِ من غيرِ مُعارِضٍ بخلافِ الحُرَّيْنِ.

ولو كان الزّوْجُ حُرًّا، والمرأةُ أمةً أو مُكاتبَةً أو مُدَبَّرةً أو أُمَّ ولَدٍ، فأُعتِقَتْ، ثمّ اختلفا في مَتاعِ البيتِ، فما أحدَثا من المِلْكِ قبلَ العِتْقِ، فهو للزَّوْجِ؛ لأنّه حَدَثَ في وقتٍ لم تَكُنِ المرأةُ فيه من أهلِ المِلْكِ، وما أحدَثا من المِلْكِ بعدَ العِتْقِ، فالجوابُ فيه وفي الحُرَّيْنِ سَواءٌ. ولو كان الزّوْجُ مسلمًا، والمرأةُ ذِمِّيّةً [(٢)]، فالجوابُ فيه كالجوابِ في الزّوْجَيْنِ المسلمَيْنِ؛ لأنّ الكُفْرَ لا يُنافي أهليّةَ المِلْكِ بخلافِ الرِّقِّ. وكذا لو كان البيتُ مِلْكًا لأحدِهِما لا يختلفُ الجوابُ؛ لأنّ العِبْرةَ لليَدِ لا للمِلْكِ.

هذا كُلُّه إذا لم تُقرَّ المرأةُ أنّ هذا المتاعَ اشتَراه لي زَوْجي، فإنْ أقَرَّتْ بذلك سَقَطَ قولُها؛ لأنّها أقَرَّتْ بذلك [(٣)] لزَوْجِها، ثمّ ادَّعَتِ الانتِقال، فلا يَثْبُتُ الانتِقالُ إلاَّ بدليلٍ، وقد مرَّتِ المسألةُ والله أعلم.

فصل [الكفاءة في إنكاح غير الأب والجد]

ومنها: الكفاءةُ في إنْكاحِ غيرِ الأبِ والجدِّ، من الأخِ والعمِّ، ونحوُهما الصّغيرُ، والصّغيرةُ، وفي إنْكاحِ الأبِ، والجدِّ اختِلافُ أبي حنيفةَ مع صاحِبَيْه وقد مرت المسألة.

فصل [في الطوع]

وامّا الطّوْعُ: فليس بشرطٍ [٢/ ٤٣ب] لجوازِ النِّكاحِ عندَنا [(٤)] خلافًا للشّافعيِّ [(٥)]،

---

(١) سبق تخريجه. (٢) في المخطوط: «كتابية».

(٣) في المخطوط: «بالملك».

(٤) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٢٤/ ٦٤)، تبيين الحقائق (٢/ ١٩٥)، الجوهرة النيرة (٢/ ٣٨)، فتح القدير (٣/ ٤٨٩)، البحر الرائق (٨/ ٨٥)، رد المحتار (٣/ ٢٣٦).

(٥) في بيان مذهب الشافعية يقول النووي: «قال أصحابنا: التصرفات القولية التي يكره عليها بغير حق باطلة سواء الردة والبيع والإجارة، وسائر المعاملات والنكاح والخلع والطلاق والإعتاق وغيرها...» انظر المجموع (٩/ ١٨٦)، الأم (٣/ ٢٤٠)، حاشية الجمل (٤/ ١٣٨)، تحفة الحبيب (٣/ ٤٠٠)، التجريد لنفع العبيد (٣/ ٣٣٥).

فيجوزُ نِكاحُ المُكْرَه عندَنا. وعندَه لا يجوزُ، وهذه من مَسائلِ (كتابِ الإكراه) [١]، وكذلك الجِدُّ ليس من شَرائطِ جوازِ النِّكاحِ حتّى يجوزَ نِكاحُ الهازِلِ؛ لأنّ الشّرعَ جعل الجِدَّ والهزْلَ في بابِ النِّكاحِ سَواءً.

قال النّبيُّ ﷺ: «ثلاثٌ جدُّهُنّ جدٌّ، وهَزْلُهُنّ جدٌّ الطّلاقُ والعتاقُ والنِّكاحُ» [٢] وكذلك العمدُ عندَنا حتّى يجوزَ نِكاحُ الخاطِئ وهو الذي يسبِقُ على لسانِه كلِمةُ النِّكاحِ من غيرِ قَصْدِه. وعندَ الشّافعيِّ شرطٌ، والصّحيحُ قولُنا؛ لأنّ الثّابِتَ بالخطأِ ليس إلاّ القصْدُ، وأنّه ليس بشرطٍ لجوازِ النِّكاحِ بدليلِ نِكاحِ الهازِلِ، وكذلك الحِلُّ أعني كونَه حَلالاً غيرَ مُحْرِمٍ، أو كونَها حَلالاً غيرَ مُحْرِمةٍ ليس بشرطٍ لجوازِ النِّكاحِ عندَنا [٣]، وعندَ الشّافعيِّ شرطٌ [٤] حتّى يجوزَ نِكاحُ المُحْرِمِ، والمُحْرِمةِ عندَنا لكنْ لا يَحِلُّ وطْؤُها في حالِ الإحرامِ، وعندَه لا يجوزُ.

(وجه قولِه): أنّ الجِماعَ من محظوراتِ الإحرامِ، فكذا النِّكاحُ؛ لأنّه سببٌ داعٍ إلى الجِماعِ، ولِهذا حُرِّمَتِ الدّواعي على المُحْرِمِ كما حُرِّمَ عليه الجِماعُ.

(ولَنا): ما رُوِيَ عن عبدِ اللّه بنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أنّ رسولَ اللّه ﷺ تَزَوّجَ مَيْمونةَ رضي الله عنها وهو حَرامٌ [٥]، وأدنَى ما يُستَدَلُّ بفعلِ النّبيِّ ﷺ هو الجوازُ، ولا يُعارِضُ

---

(١) في المخطوط: «الإكراه».

(٢) رواه أبو داود، كتاب الطلاق، باب: في الطلاق على الهازل، حديث (٢١٩٤)، والترمذي، حديث (١١٨٤)، وابن ماجه، حديث (٣٠٣٩)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٢١٦)، حديث (٢٨٠٠)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٣٤٠)، حديث (١٤٧٧٠)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/ ٩٨)، وسعيد بن منصور، ص (٤١٥)، وانظر: كشف الخفاء (١/ ٣٨٩)، والدراية (٢/ ٩٠)، حديث (٦٢٧)، والتلخيص الحبير (٣/ ٢٠٩)، حديث (١٥٩٧)، وخلاصة البدر المنير (٢/ ٢٢٠)، حديث (٢٠٥٨)، والتحقيق في أحاديث الخلاف (٢/ ٢٩٤)، حديث (١٧١١)، ونصب الراية (٣/ ٢٩٣)، والإرواء (١٨٢٦، ٢٠٦١)، وضعيف الجامع (٣٠٢٧).

(٣) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٤/ ١٩١)، تبيين الحقائق (٢/ ١١٠)، درر الحكام (١/ ٣٣٢).

(٤) في بيان مذهب الشافعية يقول الشيرازي: ويحرم عليه - أي المحرم - أن يتزوج وأن يزوج غيره بالوكالة وبالولاية الخاصة فإن تزوج أو زَوَّج فالنكاح باطل، انظر المهذب مع المجموع (٧/ ٢٩٦)، الأم (٨/ ١٦٣)، أسنى المطالب (١/ ٥١٣)، تحفة الحبيب (٢/ ٤٥٦)، التجريد لنفع العبيد (٣/ ٣٣٥).

(٥) رواه البخاري، كتاب المغازي، باب: عمرة القضاء، حديث (٤٢٥٩)، ومسلم، كتاب النكاح، باب: تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، حديث (١٤١٠)، والترمذي، حديث (٨٤٤)، وابن ماجه، حديث (١٩٦٤).

هذا ما رَوَى يزَيْدُ بنُ الأصَمِّ أنّ رسولَ اللّه ﷺ تَزَوّجَ مَيْمونةَ، وهو حَلالٌ بسَرَفٍ [١]، وأجمَعوا على أنّه ما تَزَوّجَها إلاّ مرّةً واحِدةً، فيَقَعُ التّعارُضُ؛ لأنّ الأخذَ بروايةِ ابنِ عبّاسٍ رضي الله عنهما أولى لوجهينِ:

أحدِهما: أنّه يُثْبِتُ أمرًا عارِضًا، وهو الإحرامُ إذِ الحِلُّ أصلٌ، والإحرامُ عارِضٌ، فتُحمَلُ روايةُ زَيْدٍ على أنّه بَنَى الأمرَ على الأصلِ، وهو الحِلُّ تحسينًا للظَّنِّ بالرّوايتيْنِ، فكان راوِي الإحرامِ مُعتَمِدًا على حقيقةِ الحالِ، وراوِي الحِلِّ بانيًا الأمرَ على الظّاهِرِ، فكانتْ روايةُ مَنِ اعتَمَدَ حقيقةَ الحالِ أولى، ولِهذا رَجَّحْنا قولَ الجارِحِ على المُزَكِّي كذا هذا.

والثاني: أنّ عبد اللّه بنَ عبّاسٍ رضي الله عنهما أفقَه، وأتقَنُ من زَيْدٍ، والتّرْجيحُ بفقه الرّاوِي، وإتقانُه ترجيحٌ صحيحٌ على ما عُرِفَ في أُصُولِ الفقه؛ ولأنّ المعانيَ التي لها حُسنُ النّكاحِ في غيرِ حالِ الإحرامِ موجودةٌ في حالِ الإحرامِ، فكان الفرقُ بين الحالينِ في الحكمِ مع وُجودِ المعنى الجامعِ بينهما مُناقضةً، وما ذكره من المعنى يَبْطُلُ بنِكاحِ الحائضِ والنُّفَساءِ، فإنّه جائزٌ بالإجماعِ، وإنْ كان النّكاحُ سببًا داعيًا إلى الجِماعِ، واللّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

فصل [في نكاح أهل الذمة]

ثمّ كُلُّ نِكاحٍ جاز بين المسلمينَ، وهو الذي استجمع شَرائطَ الجوازِ التي وصَفْناها، فهو جائزٌ بين أهلِ الذِّمّةِ. وأمّا ما فسد بين المسلمينَ من الأنْكِحةِ، فإنّها مُنْقَسِمةٌ في حَقِّهِم، منها ما يَصِحُّ، ومنها ما يَفْسُدُ، وهذا قولُ أصحابِنا الثّلاثةِ. وقال زُفَرُ: كُلُّ نِكاحٍ، فسد في حَقِّ المسلمينَ، فسد في حَقِّ أهلِ الذِّمّةِ حتّى لو أظهَروا النّكاحَ بغيرِ شُهودٍ يُعتَرَضُ عليهم، ويُحمَلونَ على أحكامِنا، وإنْ لم يُرْفَعوا إلينا. وكذا إذا أسلَموا يُفَرَّقُ بينهما عندَه، وعندَنا لا يُفَرَّقُ بينهما، وإنْ تَحاكما إلينا أو أسلَما، بل يُقَرّانِ عليه.

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب: تحريم نكاح المحرم وكراهة خطبته، حديث (١٤١١)، وأبو داود، حديث (١٨٤٣)، والترمذي، حديث (٨٤٥)، وابن ماجه، حديث (١٩٦٤) من حديث يزيد بن الأصم عن ميمونة أن رسول الله ﷺ تزوجها وهو حلال وبنى بها حلالاً وماتَتْ بِسَرِف ودفناها في الظلة التي بنى بها فيها.

(وجه قولِهم): أنّهم لَمَّا قَبِلوا عَقْدَ الذِّمَّةِ، فقد التَزَموا أحكامَنا ورَضوا بها، ومن أحكامِنا أنّه لا يجوزُ النّكاحُ بغيرِ شُهودٍ، ولِهذا لم يَجز نِكاحُهم المحارِمَ في حكمِ الإسلامِ؛ ولأنّ تحريمَ النّكاحِ بغيرِ شُهودٍ في شَريعَتِنا ثبت بخطابِ الشّرعِ على سبيلِ العُمومِ بقولِه ﷺ: «لا نِكاحَ إلاّ بشُهودٍ»[(١)].

والكُفّارُ مُخاطَبونَ بشَرائعَ هي حُرُماتٌ في الصّحيحِ من الأقوالِ، فكانتْ حُرْمةُ النّكاحِ بغيرِ شُهودٍ ثابِتةً في حَقِّهم.

(ولَنا): أنّهم كانوا يتدَيّنونَ النّكاحَ بغيرِ شُهودٍ، والكلامُ فيه، ونحنُ أُمِرْنا بتركِهم، وما يَدينونَ إلاّ ما استُثْنيَ من عُقودِهم كالزِّنا، وهذا[(٢)] غيرُ مُستَثْنَى منها فيَصِحُّ في حَقِّهم كما يَصِحُّ منهم تَمَلُّكُ الخمْرِ، والخِنْزيرِ، وتَمْليكُهما، فلا يُعتَرَضُ عليهم كما لا يُعتَرَضُ في الخمْرِ والخِنْزيرِ؛ ولأنّ الشّهادةَ ليستْ بشرطِ بَقاءِ النّكاحِ على الصِّحَّةِ بدليلِ أنّه لا يَبْطُلُ بموتِ الشُّهودِ، فلا يجوزُ أنْ يكونَ شرطُ ابتِداءِ العقدِ في حَقِّ الكافرِ؛ لأنّ في الشّهادةِ معنى العِبادةِ قال اللّه تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢]، فلا يُؤاخَذُ الكافرُ بمُراعاةِ هذا الشّرطِ في العقدِ؛ ولأنّ نُصوصَ الكتابِ العزيزِ مُطْلَقةٌ عن شرطِ الشّهادةِ، والتّقْييدُ بالشّهادةِ في نِكاحِ المسلمِ ثبت بدليلٍ، فمَنِ ادَّعَى التّقْييدَ بها في حَقِّ الكافرِ يحتاجُ إلى الدّليلِ.

وأمّا قولُه: إنّهم بالذِّمةِ التَزَموا أحكامَ الإسلامِ [٢/ ٤٤أ]، فنَعَم لكنّ جوازَ أنْكِحَتِهم بغيرِ شُهودٍ من أحكامِ الإسلامِ.

وقولُه: «تحريمُ النّكاحِ بغيرِ شُهودٍ عامٌّ» مَمْنوعٌ بل هو خاصٌّ في حَقِّ المسلمينَ لوُجودِ المُخَصِّصِ لأهلِ الذِّمَّةِ، وهو عُموماتُ الكتابِ.

ولو تَزَوّجَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيّةً في عِدَّةٍ من ذِمِّيٍّ جاز النّكاحُ في قولِ أبي حنيفةَ، وهذا والنّكاحُ بغيرِ شُهودٍ سَواءٌ عندَنا حتّى لا يُعتَرَضُ عليهما بالتّفْريقِ، وإنْ تَرافَعا إلينا. ولو أسلَما يُقَرّانِ على ذلك[(٣)].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) في المخطوط: «غير الزنا».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٥/ ٣٨)، تبيين الحقائق (٢/ ١٧١ - ١٧٢)، فتح القدير (٣/ ١٩٩)، البحر الرائق (٣/ ٢٢٢)، الجوهرة النيرة (٢/ ٢٥).

وقال أبو يوسفَ، ومحمّدٌ، وزُفَرُ، والشّافعيُّ: النّكاحُ فاسِدٌ يُفَرَّقُ بينهما (١).

(وجه قولِهم): على نحوِ ما ذكرنا لزُفر في النّكاحِ بغيرِ شُهودٍ، وهو أنّهم بقَبولِ (٢) الذِّمَّةِ التَزَموا أحكامَنا، ومن أحكامِنا المُجْمَعِ عليها، فسادُ نِكاحِ المُعتَدَّةِ؛ ولأنّ الخطابَ بتحريمِ نِكاحِ المُعتَدَّةِ عامٌّ، قال تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ [البقرة:٢٣٥]، والكُفّارُ مُخاطَبونَ بالحُرُماتِ، وكَلامُ أبي حنيفةَ على نحوِ ما تقَدَّمَ أيضًا؛ لأنّ في ديانَتِهم عَدَمَ وُجوبِ العِدَّةِ، والكلامُ فيه فلم يكنْ، هذا نِكاحَ المُعتَدَّةِ في اعتِقادِهم، ونحنُ أُمِرْنا (بأنْ نَترُكَهم) (٣)، وما يَدينونَ.

وكذا عُموماتُ النّكاحِ من الكتابِ العزيزِ، والسّنّةُ مُطْلَقَةٌ عن هذه الشّريطةِ أعني الخلوّ عن العِدَّةِ، وإنّما عُرِفَ شرطًا في نِكاحِ المسلمينَ بالإجماعِ، وقولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ [حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ] (٤)﴾ [البقرة:٢٣٥] خطابٌ للمسلمينَ، أو يُحمَلُ عليه عَمَلاً بالدّلائلِ كُلِّها صيانةً لها عن التّناقُضِ؛ ولأنّ العِدَّةَ فيها معنى العِبادةِ، وهي حَقُّ الزّوْجِ أيضًا من وجهٍ قال اللّه تعالى: ﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب:٤٩]، فمن حيث هي عِبادةٌ لا يُمْكِنُ إيجابُها على الكافرةِ؛ لأنّ الكُفّارَ لا يُخاطَبونَ بشَرائعَ هي عِباداتٌ أو قُرُباتٌ. وكذا من حيث هي حَقُّ الزّوْجِ؛ لأنّ الكافرَ لا يَعتقِدُه حَقًّا لنفسِه بخلافِ المسلمِ إذا تَزَوّجَ كتابيّةً في عِدَّةٍ من مسلم أنّه لا يجوزُ؛ لأنّ المسلمَ يَعتقِدُ العِدَّةَ حَقًّا واجبًا، فيُمْكِنُ الإيجابُ لحَقِّه إنْ كان لا يُمْكِنُ لحَقِّ اللّه تعالى من حيث هي عِبادةٌ، ولِهذا قلنا إنّه ليس للزّوْجِ المسلمِ أنْ يُجْبِرَ امرأتَه الكافرةَ على الغُسلِ من الجنابةِ والحيضِ والنِّفاسِ؛ لأنّ الغُسلَ من بابِ القربةِ، وهي ليستْ مُخاطَبةً بالقُرُباتِ، وله أنْ

---

(١) وفي بيان مذهب الشافعية: يقول النووي: «الأنكحة الجارية في الشرك ثلاثة أوجه كذا نقلها الأكثرون وسماها الغزالي أقوالاً، والصحيح أنها محكوم بصحتها، قال الله تعالى: ﴿وَامْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ﴾ [المسد:٤]، ﴿وَقَالَتِ امْرَأَتُ فِرْعَوْنَ﴾ [القصص:٩] ولأنهم لو ترافعوا إلينا لم نبطله قطعًا ولم نفرق بينهم وإذا أسلموا أقررناهم والفاسد لا ينقلب صحيحًا ولا يقرر عليه. والثاني: أنها فاسدة لعدم مراعاتهم الشروط لكن لا نفرق لو ترافعوا رعاية للعهد والذمة ونقرهم بعد الإسلام تخفيفًا. والثالث: لا نحكم بصحة ولا فساد بل نتوقف إلى الإسلام فما قرر عليه بانت صحته وما لا ففساده، ومن الأصحاب من قطع بالصحة» انظر روضة الطالبين (٧/ ١٥٠)، الأم (٥/ ٦٠)، أسنى المطالب (٣/ ١٦٥)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٣/ ٢٥٦)، تحفة المحتاج (٧/ ٣٣٢)، مغني المحتاج (٤/ ٣٢٥)، التجريد لنفع العبيد (٣/ ٣٧٩).

(٢) زاد في المخطوط: «أهل». (٣) في المخطوط: «بتركهم».

(٤) ليست في المخطوط.

يمنَعَها من الخروجِ من البيتِ؛ لأنّ الإسكان حَقُّه.

وأمَّا نِكاحُ المحارِمِ، والجمعُ بين خمسِ نِسوةٍ، والجمعُ بين الأُختَيْنِ، فقد ذكر الكَرْخيُّ أنّ ذلك كُلَّه فاسِدٌ في حكمِ الإسلامِ بالإجماعِ؛ لأنّ فسادَ هذه الأنْكِحةِ في حَقِّ المسلمينَ ثبت لفَسادِ قَطيعةِ الرّحِمِ، وخَوْفِ الجوْرِ في قضاءِ الحُقوقِ من النّفَقةِ، والسّكْنَى، والكِسوةِ، وغيرِ ذلك، وهذا المعنى لا يوجِبُ الفصلَ بين المسلم والكافرِ، إلاّ أنّه مع الحُرْمةِ والفسادِ لا يُتَعَرَّضُ لهم قبلَ المُرافَعةِ، وقبلَ الإسلامِ؛ ولأنّهم دانوا ذلك، ونحنُ أُمِرْنا أنْ نَتْرُكَهم وما يَدينونَ، كما لا يُتَعَرَّضُ لهم في عِبادةِ غيرِ اللّه تعالى، وإنْ كانتْ مُحَرَّمةً.

وإذا تَرافَعا إلى القاضي، فالقاضي يُفَرِّقُ بينهما كما يُفَرِّقُ بينهما بعدَ الإسلامِ؛ لأنّهما إذا تَرافَعا، فقد تَرَكا ما داناه، ورَضيا بحكمِ الإسلامِ، ولِقولِه تعالى: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ﴾ [المائدة:٤٢].

وأمَّا إذا لم يترافَعا، ولم يوجَدِ الإسلامُ أيضًا، فقد قال أبو حنيفةَ ومحمّدٌ: إنّهما يُقَرّانِ على نِكاحِهِما، ولا يُعتَرَضُ عليهما بالتّفْريقِ. وقال أبو يوسفَ: يُفَرِّقُ بينهما الحاكِمُ إذا عَلِمَ ذلك سَواءٌ تَرافَعا إلينا أو لم يترافَعا. ولو رفع أحدُهما دونَ الآخرِ قال أبو حنيفةَ: لا يُعتَرَضُ عليهِما ما لم يترافَعا جميعًا. وقال محمّدٌ: إذا رفع أحدُهما يُفَرّقُ بينهما.

أمَّا الكلامُ في المسألةِ الأُولى:

(فوجه قولِ أبي يوسف): ظاهرُ قوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ [وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ] [(١)]﴾ [المائدة:٤٩] أمرَ رسولَ اللّه ﷺ أنْ يحكُمَ بينهم بما أنزله مُطْلَقًا عن شرطِ المُرافَعةِ، وقد أنزل سبحانه وتعالى حُرْمةَ هذه الأنْكِحةِ، فيلزَمُ الحكمُ بها مُطْلَقًا؛ ولأنّ الأصلَ في الشّرائعِ هو العُمومُ في حَقِّ النّاسِ كافّةً إلاّ أنّه تَعَذَّرَ تنفيذُها في دارِ الحرْبِ لعَدَمِ الولايةِ، وأمكَنَ في دارِ الإسلامِ، فلَزِمَ التّنْفيذُ فيها، وكان النّكاحُ فاسِدًا، والنّكاحُ الفاسِدُ زِنًا من وجهٍ، فلا يُمكّنونَ منه كما لا يُمكّنونَ من الزّنا في دارِ الإسلامِ، ولأبي حنيفةَ، ومحمّدٍ قوله تعالى: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [المائدة:٤٢]، والآيةُ حُجّةٌ له في المسألَتَيْنِ جميعًا.

---

(١) ليست في المخطوط.

أمَّا في المسألةِ الأُولى؛ فلأنّه شَرَطَ المجيءَ للحكمِ عليهم، وأثبَتَ سبحانه، وتعالى التّخييرَ بين الحكمِ والإعراضِ إلاَّ أنّه قام الدّليلُ على نَسخِ التّخييرِ، ولا دليلَ على نَسخِ شرطِ المجيءِ، فكان حكمُ الشّرطِ باقيًا، ويُحمَلُ المُطْلَقُ على المُقيّدِ لتَعَذُّرِ العملِ بهما، وإمكانِ جَعلِ [٢/ ٤٤ب] المُقيّدِ بيانًا للمُطْلَقِ.

وأمَّا في المسألةِ الثّانيةِ؛ فلأنّه سبحانه وتعالى شَرَطَ مَجيئَهم للحكمِ عليهم، فإذا جاء أحدُهما دونَ الآخرِ، فلم يوجَدِ الشّرطُ، وهو مَجيئُهم، فلا يُحْكَمُ بينهم. ورُوِيَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ كتب إلى مَجوسِ هَجَرَ إمَّا أنْ تَذَروا الرِّبا أو تَأذَنوا بحَرْبٍ من اللَّه ورسولِه [١]، ولم يَكْتُبْ إليهم في أنْكِحَتِهم شيئًا. ولو كان التّفْريقُ مُستَحَقًّا قبلَ المُرافعةِ لَكتب به كما كتب بتركِ الرِّبا.

ورُوِيَ أنّ المسلمينَ لَمَّا فتَحوا بلادَ فارِسَ، لم يتعَرَّضوا لأنْكِحَتِهم، وما رُوِيَ أنّ عمرَ رضي الله عنه كتب أنْ يُفَرَّقَ بينهم وبين أُمَّهاتِهم لا يَكادُ يَثْبُتُ؛ لأنّه لو ثبت لَنُقِلَ على طَريقِ الاستِفاضةِ لتوفُّرِ الدّواعي إلى نَقْلِها، فلَمَّا لم يُنْقَلْ دَلَّ أنّه لم يَثْبُتْ أو يُحمَلْ على أنّه كتب، ثمّ رجع عنه، ولم يُعملْ به؛ ولأنّ تركَ التّعرُّضِ، والإعراضُ ثبت حَقًّا لهما، فإذا رفع أحدُهما، فقد أسقَطَ حَقَّ نفسِه، فبَقِيَ حَقُّ الآخرِ.

(وجه قولِ محمّدٍ): أنّه لَمَّا رفع أحدُهما، فقد رَضِيَ بحكمِ الإسلامِ، فيلزَمُ إجراءُ حكمِ الإسلامِ في حَقِّه، فيتعَدَّى إلى الآخرِ كما إذا أسلَمَ أحدُهما إلاَّ أنّ أبا حنيفةَ يقولُ: الرِّضا بالحكمِ ليس نَظيرَ الإسلامِ بدليلِ أنّه لو رَضِيَ، ثمّ رجع عنه قبلَ الحكمِ عليه لم يُلْزِمْه بحكمِ الإسلامِ، وبعدَ ما أسلَمَ لا يُمْكِنُه أنْ يَأبَى الرِّضا بأحكامِ الإسلامِ، وإذا لم يكنْ ذلك أمرًا لازِمًا ضروريًّا، فلا يتعَدَّى إلى غيرِه، وجعل رِضاه في حَقِّ الغيرِ كالعدَمِ بخلافِ الإسلامِ. وذكر القاضي الإمامُ أبو زَيْدٍ أنّ إنْكاحَ المحارِمِ صحيحٌ فيما بينهم في قولِ أبي حنيفةَ بدليلِ أنّ الذِّمِّيّ إذا تزَوّجَ بمَحارِمِه، ودخل بها لم يسقُطْ إحصانُه عندَه حتّى لو قَذَفَه إنسانٌ بالزِّنا بعدَ ما أسلَمَ يُحَدُّ قاذِفُه عندَه. ولو كان النِّكاحُ فاسِدًا لَسَقَطَ إحصانُه؛ لأنّ الدُّخولَ في النّكاحِ الفاسِدِ يُسقِطُ الإحصانَ كما في سائرِ الأنْكِحةِ الفاسِدةِ.

---

(١) ذكر الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤٤٧) حديثًا عزاه لابن زنجويه عن معاوية بن قرة قال: كتب رسول الله ﷺ إلى مجوس هجر... ثم قال: قال أبو عبيد: وهذا والله أعلم فيما نرى منسوخ.

وكذلك لو ترافَعا إلينا، فطَلَبَتِ المرأةُ النّفَقةَ، فإنّ القاضيَ يقضي بالنّفَقةِ في قولِ أبي حنيفةَ، فدَلَّ أنّ نِكاحَ المحارِمِ، وقَعَ صحيحًا فيما بينهم في حكمِ الإسلامِ، واتّفَقوا على أنّه لو تَزَوّجَ حَرْبيٌّ أُختيْنِ في عُقْدةٍ واحِدةٍ، أو على التّعاقُبِ، ثمّ فارَقَ إحداهما قبلَ الإسلامِ، ثمّ أسلَمَ أنّ نِكاحَ الباقيةِ صحيحٌ، ومعلومٌ أنّ الباقيَ غيرُ الثّابِتِ. ولو وقَعَ نِكاحُها فاسِدًا حالَ وُقوعِه لَما أُقرَّ عليه بعدَ الإسلامِ.

وكذلك لو تَزَوّجَ خمسًا في عَقَدٍ مُتفرِّقةٍ، ثمّ فارَقَ الأُولى منهُنّ، ثمّ أسلَمَ بَقيَ نِكاحُ الأربعِ على الصِّحّةِ. ولو وقَعَ فاسِدًا من الأصلِ لَما انقَلَبَ صحيحًا بالإسلامِ بل كان يتأكّدُ الفسادُ، فثبت أنّ هذه الأنكِحةَ وقَعَتْ صحيحةً في حَقِّهم في حكمِ الإسلامِ، ثمّ يُفرَّقُ بينهما بعدَ الإسلامِ؛ لأنّه لا صِحّةَ لها في حَقِّ المسلمينَ.

ولو طَلّقَ الذِّمِّيُّ امرأتَه ثلاثًا أو خالَعَها، ثمّ قام عليها كقيامِه عليها قبلَ الطّلاقِ يُفَرَّقُ بينهما، وإنْ لم يترافَعا؛ لأنّ العقدَ قد بَطَلَ بالطّلْقات الثّلاثِ وبِالخلْعِ؛ لأنّه يَدينُ بذلك، فكان إقرارُه على قيامِه عليها إقرارًا على الزِّنا، وهذا لا يجوزُ. ولو تَزَوّجَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيّةً على أنْ لا مَهْرَ لها، وذلك في دينِهم جائزٌ صَحَّ ذلك، ولا شيءَ لها في قولِ أبي حنيفةَ سَواءٌ دخل بها أو لم يدخلْ بها، طَلّقَها أو ماتَ عنها، أسلَما أو أسلَمَ أحدُهما.

وعندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ: لها مَهْرُ مثلِها، ثمّ إنْ طَلّقَها بعدَ [1] الدُّخولِ [بها] [2] أو بعدَ الخلْوةِ بها أو ماتَ عنها تأكّدَ ذلك، وإنْ طَلّقَها قبلَ الدُّخولِ بها أو قبلَ الخلْوةِ سَقَطَ مَهْرُ المثلِ، ولها المُتْعةُ كالمسلمةِ. ولو تَزَوّجَ حَرْبيٌّ حَرْبيّةً في دارِ الحرْبِ على أنْ لا مَهْرَ لها جاز ذلك، ولا شيءَ لها في قولِهم جميعًا، والكلامُ في الجانِبَيْنِ على نحوِ ما ذكرنا في المسائلِ المُتقدِّمةِ، هما [3] يقولانِ: إنّ حكمَ الإسلامِ قد لَزِمَ الزّوْجَيْنِ الذِّمِّيّيْنِ لالتِزامِهما أحكامَنا، ومن أحكامِنا أنّه لا يجوزُ النّكاحُ من غيرِ مالٍ بخلافِ الحرْبِيّيْنِ؛ لأنّهما ما التَزَما أحكامَنا وأبو حنيفةَ يقولُ: إنّ في ديانَتِهم جوازَ النّكاحِ بلا مَهْرٍ، ونحنُ أُمِرْنا بأنْ نَترُكَهم، وما يَدينونَ إلاّ فيما وقَعَ الاستِثْناءُ في عُقودِهم كالرِّبا، وهذا لم يَقَعِ الاستِثْناءُ عنه، فلا نَتَعرّضُ لهم، ويكونُ جائزًا في حَقِّهم في حكمِ الإسلامِ كما يجوزُ لهم في حكمِ الإسلامِ

---

(١) في المخطوط: «قبل». (٢) زيادة من المخطوط.

(٣) في المخطوط: «مما».

تَمَلُّكُ الخمورِ، والخنازيرِ، وتَمْليكُها هذا إذا تَزَوّجها، وبَقِيَ المهْرُ.

فأمّا إذا تَزَوّجَها، وسَكَتَ عن تسميتِه، بأنْ تَزَوّجها ولم يُسَمِّ لها مَهْرًا، فلَها مَهْرُ المثلِ في ظاهرِ روايةِ الأصلِ، فإنّه ذُكِرَ في الأصلِ أنّ الذِّمّيّ إذا تزوّجَ ذِمّيّةً بمَيْتةٍ، أو دَمٍ أو بغيرِ شيءٍ أنّ النّكاحَ جائزٌ، ولها مَهْرُ مثلِها.

فظاهرُ قولِه: أو بغيرِ شيءٍ يُشْعِرُ بالسّكوتِ [٢/ ٤٥أ] عن التّسميةِ إلاّ بالنّفْيِ، فيَدُلُّ على وُجوبِ مَهْرِ المثلِ حالَ السّكوتِ عن التّسميةِ، ففَرَّقَ أبو حنيفةَ بين السّكوتِ، وبين النّفْيِ.

وحُكِيَ عن الكَرْخيِّ أنّه قال: قياسُ قولِ أبي حنيفةَ أنّه لا فَرْقَ بين حالةِ السّكوتِ، وبين النّفْيِ، ووجهُه أنّه لَمّا جاز النّكاحُ في ديانَتِهم بمَهْرٍ، وبِغيرِ مَهْرٍ لم يكنْ في نفسِ العقدِ ما يَدُلُّ على التِزامِ المهْرِ، فلا بُدَّ لوُجوبه من دليلٍ، وهو التّسميةُ، ولم توجَدْ، فلا يجبُ بخلافِ نِكاحِ المسلمينَ؛ لأنّه لا جوازَ له بدونِ المهْرِ، فكان ذلك العقدُ التِزامًا للمَهْرِ.

(ووجه الفرقِ بين السّكوتِ، وبين النّفيِ على ظاهرِ الرّوايةِ): أنّه لَمّا سَكَتَ عن تسميةِ المهْرِ لم تُعرَفْ ديانَتُه النّكاحَ بلا مَهْرٍ، فيُجْعَلُ إقدامُه على النّكاحِ التِزامًا للمَهْرِ كما في حَقِّ المسلمينَ، وإذا نَفى المهْرَ نَصًّا دَلَّ أنّه يَدينُ النّكاحَ، ويَعتقِدُه جائزًا بلا مَهْرٍ، فلا يلزَمُه حكمُ نِكاحِ أهلِ الإسلامِ بل يُتْرَكُ وما يَدينُه، فهو الفرقُ، ثمّ ما صَلَحَ مَهْرًا في نِكاحِ المسلمينَ، فإنّه يصلُحُ مَهْرًا في نِكاحِ أهلِ الذِّمّةِ لا شَكَّ فيه؛ لأنّه لَمّا جاز نِكاحُنا عليه كان نِكاحُهم عليه أجوزَ.

وما لا يصلُحُ مَهْرًا في نِكاحِ المسلمينَ لا يصلُحُ مَهْرًا في نِكاحِهم أيضًا إلاّ الخمْرُ، والخِنْزيرُ؛ لأنّ ذلك مالٌ مُتقَوّمٌ في حَقِّهم بمنزِلةِ الشّاةِ، والخلِّ في حَقِّ المسلمينَ، فيجوزُ أنْ يكونَ مَهْرًا في حَقِّهم في حكمِ الإسلامِ، فإنْ تَزَوّجَ ذِمّيٌّ ذِمّيّةً على خَمْرٍ أو خِنْزيرٍ، ثمّ أسلَما أو أسلَمَ أحدُهما، فإنْ كان الخمْرُ، والخِنْزيرُ بعَيْنِه، ولم يُقْبَضْ، فليس لها إلاّ العينُ، وإنْ كان بغيرِ عَيْنِه بأنْ كان في الذِّمّةِ، فلَها في الخمْرِ القيمةُ، وفي الخِنْزيرِ مَهْرُ مثلِها، وهو قولُ أبي حنيفةَ. وقال أبو يوسفَ: لها مَهْرُ مثلِها سَواءٌ كان بعَيْنِه أو بغيرِ عَيْنِه. وقال محمّدٌ لها القيمةُ سَواءٌ كان بعَيْنِه أو بغيرِ عَيْنِه، ولا خلافَ في أنّ الخمْرَ والخِنْزيرَ إذا

كان دَيْنًا في الذِّمَّةِ ليس لها غيرُ ذلك .

(وجه قولِهما في أنه لا يجوزُ أن يكونَ لها العينُ): أنّ المِلْكَ في العيْنِ، وإنْ ثبت لها قبلَ الإسلام لكنْ في القبضِ معنى التّمليكِ ؛ لأنّه مُؤَكِّدٌ للمِلْكِ ؛ لأنّ مِلْكَها قبلَ القبضِ واهٍ غيرُ مُتأكِّدٍ ألا ترى أنّه لو هَلَكَ عندَ الزّوْجِ كان الهلاكُ عليه . وكذا لو تَعَيَّبَ ، وبعدَ القبضِ كان ذلك كُلَّه عليها ، فثبت أنّ المِلْكَ قبلَ القبضِ غيرُ مُتأكِّدٍ ، فكان القبضُ مُؤَكِّدًا للمِلْكِ ، والتّأكيدُ إثباتٌ من وجهٍ ، فكان القبضُ تَمْليكًا من وجهٍ والمسلمُ مَنْهيٌّ عن ذلك .

ولِهذا لو اشترى ذِمّيٌّ من ذِمّيٍّ خمْرًا ، ثمّ أسلَما أو أسلَمَ أحدُهما قبلَ القبضِ يُنْتقضُ البيْعُ ، ولأبي حنيفةَ أنّ المرأةَ تَمْلِكُ المهْرَ قبلَ القبضِ مِلْكًا تامًّا إذِ المِلْكُ نوعانِ : مِلْكُ رَقَبةٍ ، ومِلْكُ يَدٍ ، وهو مِلْكُ التّصرُّفِ ، ولا شَكَّ أنّ مِلْكَ الرّقَبةِ ثابِتٌ لها قبلَ القبضِ ، وكذلك مِلْكُ التّصرُّفِ ؛ لأنّها تَمْلِكُ التّصرُّفَ في المهْرِ قبلَ القبضِ من كُلِّ وجهٍ ، فلم يَبْقَ إلاّ صُورةُ القبض ، والمسلمُ غيرُ مَنْهيٍّ عن صُورةِ قبضِ الخمْرِ والخِنْزيرِ وإقباضُهما كما إذا غَصَبَ مسلمٌ من مسلمٍ خَمْرًا أنّ الغاصِبَ يكونُ مَأمورًا بالتّسليمِ ، والمغصُوبَ منه يكونُ مَأذونًا له في القبضِ . وكذا الذِّمّيُّ إذا غُصِبَ منه الخمْرُ ، ثمّ أسلَمَ ، وكَمسلمٍ أودَعَه الذِّمّيُّ خَمْرًا ، ثمّ أسلَمَ الذِّمّيُّ أنّ له أنْ يَأخُذَ الخمْرَ من المودِعِ يبقى هذا القدرُ ، وهو أنّه دخل المهْرُ في ضَمانِها بالقبضِ لكنْ هذا لا يوجِبُ ثُبوتَ مِلْكٍ لها لما ذكرنا أنّ مِلْكَها تامٌّ قبلَ القبضِ مع ما أنّ دخولَه في ضَمانِها أمرٌ عليها ، فكيفَ يكونُ مِلْكًا لها بخلافِ المبيعِ فإنّ مِلْكَ الرّقَبةِ ، وإنْ كان ثابِتًا قبلَ القبضِ ، فمِلْكُ التّصرُّفِ لم يَثْبُتْ ، وإنّما يَثْبُتُ بالقبضِ ، وفيه معنى التّمليكِ ، والتّمَلُّكِ ، والإسلامُ يمنَعُ من ذلك هذا إذا كانا عَيْنَيْنِ .

فإنْ كانا دَيْنَيْنِ ، فليس لها إلاّ العيْنُ بالإجماعِ ؛ لأنّ المِلْكَ في هذه العيْنِ التي تَأخُذُها ما كان ثابِتًا لها بالعقدِ بل كان ثابِتًا في الدّيْنِ في الذِّمّةِ ، وإنّما يَثْبُتُ المِلْكُ في هذا المُعَيّنِ بالقبضِ ، والقبضُ تَمَلُّكٌ من وجهٍ ، والمسلمُ مَمْنوعٌ من ذلك .

(وجه قولِ أبي يوسف): أنّ الإسلامَ لَمّا مَنَعَ القبضَ ، والقبضُ حكمُ العقدِ جُعِلَ كأنّ المنْعَ كان ثابِتًا وقتَ العقدِ ، فيُصارُ إلى مَهْرِ المثلِ كما لو كانا عندَ العقدِ مسلمَيْنِ .

(وجه قولِ محمّدٍ): أنّ العقدَ وقَعَ صحيحًا ، والتّسميةُ في العقدِ قد صَحّتْ إلاّ أنّه تَعذّرَ التّسليمُ بسببِ الإسلامِ لما في التّسليمِ من التّمليكِ من وجهٍ على ما بيّنّا ، والمسلمُ مَمْنوعٌ

من ذلك، فيوجِبُ القيمةَ كما لو هَلَكَ المُسَمَّى قبلَ القبضِ، وأبو حنيفةَ يوجِبُ القيمةَ في الخمْرِ لما قاله محمّدٌ، وهو القياسُ في الخِنْزيرِ أيضًا إلاَّ أنّه استحسَنَ في الخِنْزيرِ أيضًا، وأوجب مَهْرَ المثلِ؛ لأنّ الخِنْزيرَ [٢/ ٤٥ب] حيوانٌ. ومَنْ تَزَوّجَ امرأةً على حيوانٍ في الذِّمَّةِ يُخَيّرُ بين تسليمِه، وبين تسليمِ قيمةِ الوَسَطِ، منه بل القيمةُ هي الأصلُ في التّسليمِ؛ لأنّ الوَسَطَ يُعرَفُ بها على ما ذكرنا فيما تقدَّمَ، فكان إيفاءُ قيمةِ الخِنْزيرِ بعدَ الإسلامِ حكمَ إيفاءِ الخِنْزيرِ من وجهٍ، ولا سبيلَ إلى إيفاءِ العيْنِ بعدَ الإسلامِ، فلا سبيلَ إلى إيفاءِ القيمةِ بخلافِ الخمْرِ؛ لأنّ قيمَتَها لم تكُنْ واجبةً قبلَ الإسلامِ.

ألا ترى أنّه لو جاء الزّوْجُ بالقيمةِ لا تُجبَرُ المرأةُ على القبولِ، (فلم يكنْ) [١] لبَقائها حكمُ بَقاءِ الخمْرِ من وجهٍ لذلك افترَقا هذا كُلُّه إذا لم يكنِ المهْرُ مقبوضًا قبلَ الإسلامِ، فإنْ كان مقبوضًا، فلا شيءَ للمرأةِ؛ لأنّ الإسلامَ متى ورد، والحرامُ مقبوضٌ يُلاقيه بالعفوِ؛ لأنّ المِلْكَ قد ثبت على سبيلِ الكمالِ بالعقدِ والقبضِ في حالِ الكُفْرِ، فلا يَثْبُتُ بعدَ الإسلامِ مِلْكٌ، وإنّما يوجَدُ، دَوامُ المِلْكِ، والإسلامُ لا يُنافيه، كمسلمٍ تَخَمَّرَ عَصيرُه أنّه لا يُؤمرُ بإبطالِ مِلْكِه فيها، وكما في نُزولِ تحريمِ الرِّبا.

ورُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ لَمّا دخل مكّةَ أبطَلَ من الرِّبا ما لم يُقْبَضْ [٢]، ولم يتعرَّضْ ﷺ لما قُبِضَ بالفسخِ، وهو أحدُ تأويلاتِ قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾ [البقرة:٢٧٨] أمرَ سبحانه بتركِ ما بَقيَ من الرِّبا، والأمرُ بتركِ ما بَقيَ من الرِّبا هو النّهْيُ عن قبضِه، واللّه عَزَّ وجَلَّ الموفِّقُ.

ولو تَزَوّجَها على مَيْتةٍ أو دَمٍ ذُكِرَ في الأصلِ أنّ لها مَهْرَ مثلِها، وذُكِرَ في الجامعِ الصّغيرِ أنّه لا شيءَ لها منهم، [و منهم مَنْ] [٣] وَفّقَ بين الرِّوايتيْنِ، فحَمَلَ ما ذكره في الأصلِ على الذِّمِّيِّينَ، وما ذكره في الجامعِ على الحرْبيِّينَ، ومنهم مَنْ جعل في المسألةِ روايتيْنِ.

وجه روايةِ الأصلِ أنّه لَمّا تَزَوّجَها على المَيْتةِ والدّمِ، فلم يَرْضَ باستحقاقِ بُضْعِها إلاَّ ببَدَلٍ، وقد تَعَذّرَ استحقاقُ المُسَمَّى؛ لأنّه ليس بمالٍ في حَقِّ أحدٍ، فكان لها مَهْرُ المثلِ كالمسلمةِ.

---

(١) في المخطوط: «فلا يكون».
(٢) انظر «تفسير القرطبي»، (٣/ ٣٦٢).
(٣) زيادة من المخطوط.

(وجه روايةِ الجامعِ الصغيرِ): أنّها لَمَّا رَضيَتْ بالميْتةِ مع أنّها ليستْ بمالٍ كان ذلك منها دَلالةَ الرِّضا باستحقاقِ بُضْعِها بغيرِ عِوَضٍ أصلاً كما إذا تَزَوَّجَها على أنْ لا مَهْرَ لها، واللَّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

فصل [في عقود أهل الحرب]

ثمّ كُلُّ عَقْدٍ إذا عَقَدَه الذِّمّيُّ كان فاسِدًا، فإذا عَقَدَه الحرْبيُّ؛ كان فاسِدًا أيضًا؛ لأنّ المعنى المُفسِدَ لا يوجِبُ الفصلَ بينهما، وهو ما ذكرنا فيما تقدَّمَ. ولو تَزَوَّجَ كافرٌ بخمسِ نِسوةٍ أو بأُختَيْنِ، ثمّ أسلَمَ، فإنْ كان تَزَوَّجَهُنّ في عَقْدةٍ واحِدةٍ فُرِّقَ بينه وبينهُنّ، وإنْ كان تَزَوَّجَهُنّ في عَقَدٍ مُتفَرِّقةٍ صَحَّ نِكاحُ الأربعِ، وبَطَلَ نِكاحُ الخامِسةِ، وكذا في الأُختَيْنِ يَصِحُّ نِكاحُ الأُولى، وبَطَلَ نِكاحُ الثّانيةِ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ [١].

وقال محمّد: يختارُ من الخمسِ أربعًا، ومن الأُختَيْنِ واحِدةً سَواءٌ تَزَوَّجَهُنّ في عَقْدةٍ واحِدةٍ أو في عَقَدٍ استحسانًا، وبه أخذ الشّافعيُّ [٢]، احتَجَّ محمّدٌ بما رُوِيَ أنّ غَيْلانَ أسلَمَ، وتحته عَشْرُ نِسوةٍ، فأمرَه رسولُ اللَّه ﷺ أنْ يختارَ أربعًا منهُنّ [٣].

ورُوِيَ أنّ قَيْسَ بنَ الحارِثِ أسلَمَ، وتحته ثَمانُ نِسوةٍ، فأمرَه رسولُ اللَّه ﷺ أنْ يختارَ منهُنّ أربعًا [٤].

ورُوِيَ أنّ فيْروزَ الدّيْلَميّ أسلَمَ، وتحته أُختانِ، فخَيّرَه رسولُ اللَّه ﷺ [٥]، ولم يستفسِرْ أنّ نِكاحَهُنّ كان دَفْعةً واحِدةً أو على التّرْتيبِ. ولو كان الحكمُ يختلفُ لاستفسَرَ، فدَلَّ أنّ حكمَ الشّرعِ فيه هو التّخييرُ مُطْلَقًا.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٥/ ٢٥).
(٢) مذهب الشافعية: أنه إذا أسلم الحربي وكان تحته خمس نسوة تزوجهن في عقدة واحدة أو في عقود متفرقة يخير فيختار أي أربع منهن ويفارق الخامسة وكذلك لو كان تحته أختان، انظر: الأم (٥/ ٤٠، ٤٣)، روضة الطالبين (٥/ ٤٩٣).
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) أخرجه أبو داود، كتاب الطلاق، باب: في من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان، حديث (٢٢٤٣)، والترمذي، حديث (١١٣٠)، وابن ماجه، حديث (١٩٥١) عن الضحاك بن فيروز عن أبيه قال: قلت: يا رسول الله إني أسلمت وتحتي أختان. قال: «طلق أيتهما شئت»، وقال الترمذي: «حديث حسن». وانظر صحيح أبي داود.

(ولأبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ): أنّ الجمعَ مُحَرَّمٌ على المسلمِ والكافرِ جميعًا؛ لأنّ حُرْمَتَه ثبتتْ لمعنًى معقولٍ، وهو خَوْفُ الجوْرِ في إيفاءِ حُقوقِهِنّ، والإفضاءِ إلى قَطْعِ الرّحِمِ على ما ذكرنا فيما تقدَّمَ، وهذا المعنى لا يوجِبُ الفصلَ بين المسلمِ والكافرِ، إلاّ أنّه لا يتعرَّضُ لأهلِ الذِّمَّةِ مع قيامِ [1] الحُرْمةِ؛ لأنّ ذلك ديانَتُهم، وهو غيرُ مُستَثْنًى من عُهودِهم، وقد نُهينا عن التّعرُّضِ لهم عن مثلِه بعدَ إعطاءِ الذِّمَّةِ، وليس لَنا ولايةُ التّعَرُّضِ لأهلِ الحرْبِ، فإذا أسلَمَ، فقد زالَ المانِعُ، فلا يُمْكِنُ من استيفاءِ الجمعِ بعدَ الإسلامِ، فإذا كان تَزَوّجَ الخمسَ في عَقْدةٍ واحِدةٍ، فقد حَصَلَ نِكاحُ كُلِّ واحِدةٍ منهُنّ جميعًا إذْ ليستْ إحداهُنّ بأولى من الأُخرى، والجمعُ مُحَرَّمٌ، وقد زالَ المانِعُ من التّعَرُّضِ، فلا بُدَّ من الاعتِراضِ بالتّفْريقِ.

وكذلك إذا تَزَوّجَ الأُختَيْنِ في عَقْدةٍ واحِدةٍ؛ لأنّ نِكاحَ واحِدةٍ منهما جُعِلَ جَمْعًا إذْ ليستْ إحداهما بأولى من الأخرى، والإسلامُ يمنَعُ من ذلك، ولا مانِعَ من التّفْريقِ فيُفَرَّقُ. فأمّا إذا كان تَزَوّجَهُنّ على التّرْتيبِ في عَقَدٍ مُتفرِّقةٍ، فنِكاحُ الأربعِ منهُنّ وقَعَ صحيحًا؛ لأنّ الحُرَّ يملِكُ التّزَوُّجَ بأربعِ [٢/ ٤٦أ] نِسوةٍ مسلمًا كان أو كافرًا، ولم يَصِحَّ نِكاحُ الخامِسةِ لحُصُولِه جَمْعًا، فيُفَرَّقُ بينهما بعدَ الإسلامِ.

وكذلك إذا كان تَزَوّجَ الأُختَيْنِ في عَقْدَتَيْنِ، فنِكاحُ الأُولى، وقَعَ صحيحًا إذْ لا مانِعَ من الصِّحَّةِ، وبطَلَ نِكاحُ الثّانيةِ لحُصُولِه جَمْعًا، فلا بُدَّ من التّفْريقِ بعدَ الإسلامِ.

وأمّا الأحاديثُ، ففيها إثباتُ الاختيارِ للزَّوْجِ المسلمِ لكنْ ليس فيها أنّ له أنْ يختارَ ذلك بالنِّكاحِ الأوّلِ أو بنِكاحٍ جَديدٍ، فاحتَمَلَ أنّه أثبتَ له الاختيارَ لتَجدُّدِ العقدِ عليهِنّ، ويُحْتَمَلُ أنّه أثبتَ له الاختيارَ ليُمْسِكَهُنّ بالعقدِ الأوّلِ، فلا يكونُ حُجَّةً مع الاحتِمالِ مع ما أنّه قد رُوِيَ أنّ ذلك قبلَ تحريمِ الجمعِ، فإنّه رُوِيَ في الخبرِ أنّ غَيْلانَ أسلَمَ، وقد كان تَزَوّجَ في الجاهِليّةِ.

ورُوِيَ عن مكحولٍ أنّه قال: كان ذلك قبلَ نُزولِ الفرائضِ، وتحريمُ الجمعِ ثبت بسورةِ النِّساءِ الكُبْرى، وهي مَدَنيّةٌ.

---

(١) في المخطوط: «بقاء».

ورُوِيَ أنّ فيْروزَ لَمَّا هاجَرَ إلى النّبيِّ ﷺ قال له: إنّ تحتي أُختَيْنِ، فقال رسولُ اللّه ﷺ: **«ارجِع، فطَلِّقْ إحداهما»** [١]، ومعلومٌ أنّ الطّلاقَ إنّما يكونُ في النِّكاحِ الصّحيحِ، فدَلَّ أنّ ذلك العقدَ وقَعَ صحيحًا في الأصلِ، فدَلَّ أنّه كان قبلَ تحريمِ الجمعِ، ولا كلامَ فيه.

وعلى هذا الخلافِ إذا تَزَوّجَ الحرْبيُّ بأربعِ نِسوةٍ، ثمّ سُبيَ هو، وسُبينَ معه أنّ عندَ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ يُفرَّقُ بينه وبين الكُلِّ سَواءٌ تزَوّجهُنّ في عَقْدةٍ واحِدةٍ أو في عَقَدٍ مُتفرّقةٍ؛ لأنّ نِكاحَ الأربعِ، وقَعَ صحيحًا؛ لأنّه كان حُرًّا وقتَ النِّكاحِ، والحُرُّ يملِكُ التّزَوُّجَ بأربعِ نِسوةٍ مسلمًا كان أو كافرًا إلاّ أنّه تَعَذَّرَ الاستيفاءُ بعدَ الاستِرْقاقِ لحُصُولِ الجمعِ من العبدِ في حالِ البقاءِ بين أكثرَ من اثْنتَيْنِ، والعبدُ لا يملِكُ الاستيفاءَ، فيَقَعُ جَمْعًا بين الكُلِّ، ففُرِّقَ [٢] بينه، وبين الكُلِّ، ولا يُخَيّرُ فيه كما إذا تَزَوّجَ رَضيعَتَيْنِ، فأرضَعَتْهما امرأةٌ بَطَلَ نِكاحُهما، ولا يُخَيّرُ، كذا هذا.

وعندَ محمّدٍ: يُخَيّرُ فيه، فيختارُ اثْنَتَيْنِ منهُنّ كما يُخَيّرُ الحُرُّ في أربعِ نِسوةٍ من نِسائه.

ولو كان الحرْبيُّ تَزَوّجَ أُمًّا وبِنْتًا، ثمّ أسلَمَ، فإنْ كان تَزَوّجَهما في عَقْدةٍ واحِدةٍ، فنِكاحُهما باطِلٌ، وإنْ كان تَزَوّجَهما مُتفرّقًا، فنِكاحُ الأُولى جائزٌ، ونِكاحُ الأُخرى باطِلٌ في قولِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ كما قالا في الجمعِ بين الخمسِ، والجمعِ بين الأُختَيْنِ.

وقال محمّدٌ: نِكاحُ البِنْتِ هو الجائزُ سَواءٌ تزَوّجَهما في عَقْدةٍ واحِدةٍ أو في عَقْدَتَيْنِ، ونِكاحُ الأُمِّ باطِلٌ؛ لأنّ مُجَرَّدَ عَقدِ الأُمِّ لا يُحَرِّمُ البِنْتَ، وهذا إذا لم يكنْ دخل بواحِدةٍ منهما. ولو أنّه كان دخل بهما جميعًا، فنِكاحُهما جميعًا باطِلٌ بالإجماعِ؛ [لأنّ مُجَرَّدَ الدُّخولِ يوجِبُ التّحريمَ سَواءٌ دخل بالأُمِّ أو بالبِنْتِ، ولو لم يدخلْ بالأُولى، ولكنْ دخل بالثّانيةِ، فإنْ كانتِ الأُولى بنتًا، والثّانيةُ أُمًّا؛ فنِكاحُهما جميعًا باطِلٌ بالإجماعِ؛ لأنّ نِكاحَ البِنْتِ يُحَرِّمُ الأُمَّ، والدُّخولُ بالأُمِّ يُحَرِّمُ البِنْتَ] [٣]. ولو [٤] كان دخل بإحداهما، فإنْ كان دخل بالأُولى، ثمّ تَزَوّجَ الثّانيةَ، فنِكاحُ الأُولى جائزٌ، ونِكاحُ الثّانيةِ باطِلٌ بالإجماعِ [٥]. ولو تَزَوّجَ الأُمَّ أوّلاً، ولم يدخلْ بها، ثمّ تَزَوّجَ البِنْتَ، ودخل بها،

---

(١) تقدم قريبًا.
(٢) في المخطوط: «فيفرق».
(٣) ما بين المعكوفين تأخر في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «وإن».
(٥) موضع التأخير.

فنِكاحُهما جميعًا باطِلٌ في قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ إلاَّ أنّه يَحِلُّ له أنْ يتزوّجَ بالبِنْتِ، ولا يَحِلُّ له أنْ يتزوّجَ بالأمِّ، وعندَ محمّدٍ نِكاحُ البِنْتِ هو الجائزُ، وقد دخل بها، وهي امرأتُه، ونِكاحُ الأمِّ باطِلٌ، والله أعلم.

فصل [في شرائط اللزوم في النكاح]

وأمّا شرائطُ اللُّزومِ، فنوعانِ: في الأصلِ نوعٌ هو شرطُ وُقوعِ النّكاحِ لازِمًا، ونوعٌ هو شرطُ بَقائه على اللُّزومِ.

أمّا الأوّلُ فأنواعٌ: منها أنْ يكونَ الوَليُّ في إنْكاحِ الصّغيرِ والصّغيرةِ هو الأبُ والجدُّ، فإنْ كان غيرَ الأبِ والجدِّ [من الأولياءِ] (١) كالأخِ والعمِّ لا يلزَمُ النّكاحُ حتّى يَثْبُتَ لهما الخيارُ بعدَ البُلوغِ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ.

وعندَ أبي يوسفَ هذا ليس بشرطٍ، ويلزَمُ نِكاحُ غيرِ الأبِ والجدِّ من الأولياءِ حتّى لا يَثْبُتَ لهما الخيارُ.

(وجه قولِ أبي يوسفَ): أنّ هذا النّكاحَ صَدَرَ من وليٍّ، فيلزَمُ كما إذا صَدَرَ عن الأبِ والجدِّ؛ وهذا لأنّ ولايةَ الإنْكاحِ، ولايةُ نَظَرٍ في حَقِّ المولى عليه فيَدُلُّ ثُبوتُها على حُصُولِ النّظَرِ، وهذا يمنعُ ثُبوتَ الخيارِ؛ لأنّ الخيارَ لو ثبت إنّما يَثْبُتُ لنَفْيِ الضّرَرِ ولا ضَرَرَ، فلا يَثْبُتُ الخيارُ، ولِهذا لم يَثْبُتْ في نِكاحِ الأبِ، والجدُّ كذا هذا.

(ولهما): ما رُوِيَ أنّ قُدامةَ بنَ مَظْعونٍ زَوّجَ بنتَ أخيه عثمانَ بنَ مَظْعونٍ من عبدِ الله بنِ عمرَ رضي الله عنه فخَيّرَها رسولُ اللّه ﷺ بعدَ البُلوغِ، فاختارَتْ نفسَها (٢) حتّى رُوِيَ أنّ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) أخرجه ابن ماجه، كتاب النكاح، باب: نكاح الصغار يزوجهن غير الآباء، حديث (١٨٧٨)، والدارقطني في سننه (٣/ ٢٣٠)، حديث (٣٦) عن عبد الله بن عمر قال: توفي عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خويلة بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقص قال: وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون - قال عبد الله: وهما خالاي - قال: فمضيت إلى قدامة بن مظعون أخطب ابنة عثمان بن مظعون فزوجنيها ودخل المغيرة بن شعبة يعني إلى أمها فأرغبها في المال فحطت إليه وحطت الجارية إلى هوى أمها فأبيا حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله ﷺ فقال قدامة بن مظعون: يا رسول الله ابنة أخي أوصى بها إلي فزوجتها ابن عمتها عبد الله بن عمر فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاءة ولكنها امرأة وإنما حطت إلى هوى أمها قال فقال رسول الله ﷺ: «هي يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها» قال: فانتزعت والله مني بعد أن ملكتها فزوجوها المغيرة بن شعبة. لفظ أحمد. وحسنه الألباني في صحيح ابن ماجه.

ابنَ عمرَ قال: إنّها انتُزِعَتْ مِنِّي بعدَ ما [٢/ ٤٦ب] مَلَكْتُها، وهذا نَصٌّ في البابِ؛ ولأنّ أصلَ القرابةِ إنْ كان يَدُلُّ على أصلِ النّظَرِ؛ لكونِه دليلاً على أصلِ الشّفَقةِ، فقُصُورُها يَدُلُّ على قُصورِ النّظَرِ لقُصورِ الشّفَقةِ بسببِ بُعدِ القرابةِ، فيجبُ اعتِبارُ أصلِ القرابةِ بإثباتِ أصلِ الولايةِ، واعتِبارُ القُصُورِ بإثباتِ الخيارِ تكميلاً للنّظَرِ، وتَوْفيرًا في حَقِّ الصّغيرِ بتَلافي التّقْصيرِ لو وقَعَ، ولا يُتوهَّمُ التّقْصيرُ في إنْكاحِ الأبِ، والجدِّ لوُفورِ شَفَقَتِهما لذلك لَزِمَ إنْكاحُهما، ولم يلزَم إنْكاحُ الأخِ والعمِّ على أنّ القياسَ في إنْكاحِ الأبِ والجدِّ أنْ لا يلزَمَ إلاَّ أنّهم استحسَنوا في ذلك لما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ لَمَّا تَزَوّجَ عائشةَ رضي الله عنها وبَلَغَتْ لم يُعلِمْها بالخيارِ بعدَ البُلوغِ. ولو كان الخيارُ ثابِتًا لها وذلك حَقُّها، لأعلَمَها به، وهل يلزَمُ إذا زَوّجَها الحاكِمُ، ذُكِرَ في الأصلِ ما يَدُلُّ على أنّه لا يلزَمُ، فإنّه قال: إذا زَوّجَها غيرُ الأبِ والجدِّ، فلَها الخيارُ، والحاكِمُ غيرُ الأبِ والجدِّ هكذا قولُ محمّدٍ أنّ لها الخيارَ، ورَوَى خالِدُ بنُ صَبيحٍ المروَزِيِّ عن أبي حنيفةَ أنّه لا خيارَ لها.

(وجه هذه الرواية): أنّ ولايةَ الحاكِمِ أعَمُّ من ولايةِ الأخِ والعمِّ؛ لأنّه يملِكُ التّصَرُّفَ في النّفْسِ والمالِ جميعًا، فكانتْ، ولايَتُه شَبيهةً بولايةِ الأبِ والجدِّ، وولايَتُهما مُلْزِمةٌ كذلك ولايةُ الحاكِمِ.

(وجه روايةِ الأصلِ): أنّ ولايةَ الأخِ والعمِّ أقوَى من ولايةِ الحاكِمِ بدليلِ أنّهما يتقَدَّمانِ عليه حتّى لا يُزَوِّجَ الحاكِمُ مع وُجودِهِما، ثمّ ولايَتُهما غيرُ مُلْزِمةٍ، فولايةُ الحاكِمِ أولى، وإذا ثبت الخيارُ لكُلِّ واحِدٍ منهما، وهو اختيارُ النّكاحِ أو الفُرْقةِ، فيَقَعُ الكلامُ بعدَ هذا في موضِعَيْنِ:

أحدهما: في بيانِ وقتِ ثُبوتِ الخيارِ.

والثاني: في بيانِ ما يَبْطُلُ به الخيارُ.

أمّا الأوّل: فالخيارُ يَثْبُتُ بعدَ البُلوغِ لا قبلَه حتّى لو رَضيَتْ بالنّكاحِ قبلَ البُلوغِ لا يُعتبَرُ، ويَثْبُتُ الخيارُ بعدَ البُلوغِ؛ لأنّ أهليّةَ الرِّضا تَثْبُتُ بعدَ البُلوغِ لا قبلَه، فيَثْبُتُ الخيارُ بعدَ البُلوغِ لا قبلَه.

وأمّا الثّاني: فما يَبْطُلُ به الخيارُ نوعانِ: نَصٌّ ودَلالةٌ.

أمّا النّصّ: فهو صَريحُ الرِّضا بالنّكاحِ نحوَ أنْ تقولَ: رَضيتُ بالنّكاحِ، واخترتُ النّكاحَ

أو أجزْتُه، وما يَجري هذا المجرى، فيَبْطُلُ خيارُ الفُرْقةِ، ويلزَمُ النّكاحُ.

وأمّا الدّلالة: فنحوُ السّكوتِ من البِكْرِ عَقيبَ البُلوغِ؛ لأنّ سُكوتَ البِكْرِ دليلُ الرِّضا بالنّكاحِ لما ذكرنا فيما تقدَّمَ أنّ البِكْرَ لغَلَبةِ حَيائها تستَحي عن إظهارِ الرِّضا بالنّكاحِ.

فأمّا سُكوتُ الثّيِّبِ، فإنْ كان وطِئَها قبلَ البُلوغِ، فبَلَغَتْ وهي ثَيِّبٌ، فسَكَتَتْ عَقيبَ البُلوغِ، فلا يَبْطُلُ به الخيارُ؛ لأنّها لا تستَحي عن إظهارِ الرِّضا بالنّكاحِ عادةً؛ لأنّ بالثِّيابةِ قَلَّ حَياؤُها، فلا يَصِحُّ سُكوتُها دليلاً على الرِّضا بالنّكاحِ، فلا يَبْطُلُ خيارُها إلاّ بصَريحِ الرِّضا بالنّكاحِ أو بفعلٍ أو بقولٍ يَدُلُّ على الرِّضا، نحوَ التّمكينِ من الوَطْءِ وطَلَبِ المهْرِ، والنّفَقةِ، وغيرِ ذلك.

وكذا سُكوتُ الغُلامِ بعدَ البُلوغِ؛ لأنّ الغُلامَ لا يستَحي عن إظهارِ الرِّضا بالنّكاحِ إذْ ذاكَ دليلُ الرّجوليّةِ، فلا يسقُطُ خيارُه إلاّ بنَصِّ كلامِه أو بما يَدُلُّ على الرِّضا بالنِّكاحِ من الدُّخولِ بها، وطَلَبُ التّمَكُّنِ منها، وإدرارُ النّفَقةِ عليها، ونحوَ ذلك، ثمّ العلمُ بالنِّكاحِ شرطُ بُطْلانِ الخيارِ من طَريقِ الدّلالةِ حتّى لو لم تكُنْ عالِمةً بالنّكاحِ لا يَبْطُلُ الخيارُ؛ لأنّ بُطْلانَ الخيارِ لوُجودِ الرِّضا منها دَلالةً، والرِّضا بالشّيءِ قبلَ العلمِ به لا يُتَصَوّرُ إذْ هو استحسانُ الشّيءِ. ومَنْ لم يَعلم بشيءٍ كيف يستحسِنُه، فإذا كانتْ عالِمةً بالنّكاحِ، ووُجِدَ منها دليلُ الرِّضا بالنّكاحِ بَطَلَ خيارُها، ولا يمتَدُّ هذا الخيارُ إلى آخِرِ المجلسِ بل يَبْطُلُ بالسّكوتِ من البِكْرِ.

بخلافِ خيارِ العِتْقِ، وخيارُ المُخَيّرةِ؛ لأنّ التّخييرَ هناك، وُجِدَ من العبدِ، وهو الزّوْجُ أو المولى.

أمّا في الزّوْجِ فظاهرٌ. وكذا في المولى؛ لأنّ الخيارَ يَثْبُتُ بالعِتْقِ، والعِتْقُ حَصَلَ بإعتاقِه، والتّخييرُ من العبدِ تَمْليكٌ فيقتضي جوابًا في المجلسِ، [فيمتَدُّ إلى آخِرِ المجلسِ] (١) كخيارِ القبولِ في البيْعِ بخلافِ خيارِ البُلوغِ؛ لأنّه ما ثبت بصُنْعِ العبدِ بل بإثباتِ الشّرعِ، فلم يكنْ تَمْليكًا، فلا يمتَدُّ إلى آخِرِ المجلسِ، وإنْ لم تَكُنْ عالِمةً بالنّكاحِ، فلَها الخيارُ حينَ تَعلَمُ بالنّكاحِ.

---

(١) ليست في المخطوط.

ثمّ خيارُ البُلوغِ يَثْبُتُ للذَّكَرِ والأُنْثَى، وخيارُ العِتْقِ لا يَثْبُتُ إلاَّ للمُعتقةِ؛ لأنّ خيارَ البُلوغِ يَثْبُتُ لقُصُورِ الولايةِ وذا لا يختلفُ بالذُّكورةِ والأُنوثةِ، وخيارُ العِتْقِ ثبت لزيادةِ المِلْكِ عليها بالعِتْقِ، وذا يختَصُّ بها. وكذا خيارُ البُلوغِ للذَّكَرِ والأُنْثَى إذا كانتِ الأُنْثَى ثَيِّبًا لا يَبْطُلُ بالقيامِ [٢/ ٤٧أ] عن المجلسِ، وخيارُ العِتْقِ، والمُخَيّرةُ يَبْطُلُ، والفرقُ على نحوِ ما ذكرنا من خيارِ البِكْرِ وخيارِ العِتْقِ، وخيارِ المُخَيّرةِ أنّ الأوّلَ يَبْطُلُ بالسّكوتِ، والثّاني لا يَبْطُلُ.

وأمّا العلمُ بالخيارِ: فليس بشرطٍ، والجهْلُ به ليس بعُذْرٍ؛ لأنّ دارَ الإسلامِ دارُ العلمِ بالشّرائعِ، فيُمْكِنُ الوُصُولُ إليها بالتّعلُّمِ، فكان الجهْلُ بالخيارِ في غيرِ موضِعِه، فلا يُعتَبَرُ، ولِهذا لا يُعذَرُ العوامُّ في دارِ الإسلامِ بجَهْلِهم بالشّرائعِ بخلافِ خيارِ العِتْقِ، فإنّ العلمَ بالخيارِ هناك شرطٌ، والجهْلَ به عُذْرٌ.

وإنْ كان دارُ الإسلامِ دارَ العلمِ بالشّرائعِ، والأحكامِ؛ لأنّ الوُصُولَ إليها ليس من طَريقِ الضّرورةِ بل بواسِطةِ التّعَلُّمِ، والأَمةُ لا تَتمكّنُ من التّعَلُّمِ؛ لأنّها لا تَتفَرَّغُ لذلك لاشتِغالِها بخِدْمةِ مولاها بخلافِ الحُرَّةِ.

ثمّ إذا اختارَ أحدُهما الفُرْقةَ، فهذه الفُرْقةُ لا تَثْبُتُ إلاَّ بقضاءِ القاضي بخلافِ خيارِ العِتْقِ، فإنّ المُعتقةَ إذا اختارَتْ نفسَها تَثْبُتُ الفُرْقةُ بغيرِ قضاءِ القاضي.

(وجه الفرقِ): أنّ أصلَ النّكاحِ ههنا ثابِتٌ، وحكمُه نافِذٌ، وإنّما الغائبُ وصْفُ الكمالِ، وهو صِفةُ اللُّزومِ، فكان الفسخُ من أحدِ الزّوْجَيْنِ رَفْعَ الأصلِ بفَواتِ الوَصْفِ، وفَواتُ الوَصْفِ لا يوجِبُ رَفْعَ الأصلِ لما فيه من جَعلِ الأصلِ تَبَعًا للوَصْفِ، وليس له هذه الولايةُ، وبه حاجةٌ إلى ذلك، فلا بُدَّ من رَفْعِه إلى مَنْ له الولايةُ العامَّةُ، وهو القاضي؛ ليَرْفَعَ النّكاحَ دَفْعًا لحاجةِ الصّغيرِ [الذي بَلَغَ] [1]، ونَظَرًا له.

بخلافِ خيارِ المُعتِقِ [2]؛ لأنّ المِلْكَ ازْدادَ عليها بالعِتْقِ، ولها أنْ لا ترضَى بالزّيادةِ، فكان لها أنْ تَدْفَعَ الزّيادةَ، ولا يُمْكِنُ دَفْعُها إلاَّ باندِفاعِ ما كان ثابِتًا، فيَنْدَفِعُ الثّابِتُ ضرورةَ دَفْعِ الزّيادةِ، وهذا يُمْكِنُ إذْ ليس بعضُ المِلْكِ تابِعًا لبعضٍ، فلا تقَعُ الحاجةُ إلى قضاءِ

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «العتق».

القاضي، [ونَظيرُ الفصلينِ الرّدُّ بالعيْبِ قبلَ القبضِ وبعدَه أنّ الأوّلَ يَثْبُتُ بدونِ قضاءِ القاضي] [١]، والثّاني لا يَثْبُتُ عندَ عَدَمِ التّراضي منهما إلاَّ بقضاءِ القاضي، واللَّه عَزَّ وجَلَّ أعلَمُ.

ولو زَوّجَ ابنَتَه ابنَ أخيه [٢]، فلا خيارَ لها بالإجماعِ؛ لأنّ النّكاحَ صَدَرَ عن الأبِ. وأمّا ابنُ الأخِ، فلَه الخيارُ في قولِ أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ لصُدورِ النّكاحِ عن العمِّ، وعندَ أبي يوسفَ لا خيارَ له، والمسألةُ قد مرَّتْ.

ولو أعتقَ أمَتَه، ثمّ زَوّجَها، وهي صَغيرةٌ، فلَها خيارُ البُلوغِ؛ لأنّ ولايةَ الوَلاءِ دونَ ولايةِ القرابةِ، فلَمَّا ثبت الخيارُ ثَمّةَ، فلأَنْ يَثْبُتَ ههنا أولى، ولو زَوّجَها، ثمّ أعتقَها، وهي صَغيرةٌ، فلَها إذا بَلَغَتْ خيارُ العِتْقِ لا خيارَ البُلوغِ؛ لأنّ النّكاحَ صادَفَها، وهي رَقيقةٌ.

فصل [في كفاءة الزوج]

ومنها: كفاءةُ الزّوْجِ في إنْكاحِ المرأةِ الحُرَّةِ البالِغةِ العاقِلةِ نفسَها من غيرِ رِضا الأولياءِ بمَهْرِ مثلِها، فيَقَعُ الكلامُ في هذا الشّرطِ في أربعةِ مواضعَ:

احدها: في بيانِ أنّ الكفاءةَ في بابِ النّكاحِ هل هي شرطُ لُزومِ النّكاحِ في الجُمْلةِ؟ أم لا؟.

والثّاني: في بيانِ النّكاحِ الذي الكفاءةُ من شرطِ لُزومِه.

والثّالث: في بيانِ ما تُعتَبَرُ فيه الكفاءةُ.

والرّابع: في بيانِ ما تُعتَبَرُ فيه الكفاءةُ.

امّا الأوّل: فقد قال عامّةُ العُلَماءِ: أنّها شرطٌ. وقال الكَرْخيُّ: ليستْ بشرطٍ أصلاً، وهو قولُ مالِكٍ، وسُفْيانَ الثّوريِّ، والحسَنِ البصْريِّ، واحتَجُّوا بما رُوِيَ أنّ أبا طَيْبةَ خَطَبَ إلى بَني بياضةَ، فأبَوْا أنْ يُزَوِّجوه فقال رسولُ اللَّه ﷺ: **«أنكِحوا أبا طَيبةَ إنْ لا تفعَلوا تكُنْ فِتْنةٌ في الأرضِ وفَسادٌ كبيرٌ»** [٣].

ورُوِيَ أنّ بلالاً رضي الله عنه خَطَبَ إلى قَوْمٍ من الأنْصارِ، فأبَوْا أنْ يُزَوِّجوه، فقال له

---

(١) ما بين المعكوفين تأخر في المخطوط.
(٢) موضع التأخير السابق.
(٣) لم أقف عليه.

رسولُ اللَّه ﷺ: «**قُلْ لهم إنّ رسولَ اللَّه ﷺ يَأمُرُكم أنْ تَزوّجوني**» [(١)] أمرَهم رسولُ اللَّه ﷺ بالتّزْوِيجِ عندَ عَدَمِ الكفاءةِ. ولو كانتْ مُعتبَرةً لَما أمرَ؛ لأنّ التّزْوِيجَ من غيرِ كُفْءٍ غيرُ مَأمورٍ به. وقال ﷺ: «**ليس لَعَرَبيٍّ على عَجميٍّ، فضلٌ إلاّ بالتّقْوَى**» [(٢)]، وهذا نَصٌّ؛ ولأنّ الكفاءةَ لو كانتْ مُعتبَرةً في الشّرعِ لَكان أولى الأبوابِ بالاعتِبارِ بها بابُ الدِّماءِ؛ لأنّه يُحْتاطُ فيه ما لا يُحْتاطُ في سائرِ الأبوابِ، ومع هذا لم يُعتبَرْ حتّى يُقْتَلَ الشّريفُ بالوَضيعِ، فههنا أولى، والدّليلُ عليه أنّها لم تُعتبَرْ في جانِبِ المرأةِ، فكذا في جانِبِ الزّوْجِ.

(**ولَنَا**): ما رُوِيَ عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال: «**لا يُزَوِّجُ النِّساءَ إلاّ الأولياءُ، ولا يُزَوّجْنَ إلاّ من الأكفاءِ، ولا مَهرَ أقلَّ من عشرةِ [دراهِمَ]**» [(٣)] [(٤)]، ولأنّ مَصالِحَ النّكاحِ تختَلُّ عندَ عَدَمِ الكفاءةِ؛ لأنّها لا تحصُلُ إلاّ بالاستِفْراشِ، والمرأةُ [٢/ ٤٧ب] تستنكِفُ عن استِفْراشِ غيرِ الكُفْءِ، وتُعَيّرُ بذلك، فتختَلُّ المصالِحُ؛ ولأنّ الزّوْجَيْنِ يَجْري بينهما مُباسَطاتٌ في النّكاحِ لا يبقى النّكاحُ بدونِ تَحَمُّلِها عادةً، والتّحَمُّلُ من غيرِ الكُفْءِ أمرٌ صَعبٌ يَثْقُلُ على الطِّباعِ السّليمةِ، فلا يَدومُ النّكاحُ مع عَدَمِ الكفاءةِ، فلَزِمَ اعتِبارُها.

ولا حُجّةَ لهم في الحديثَيْنِ؛ لأنّ الأمرَ بالتّزْوِيجِ يحتَمِلُ أنّه كان نَدْبًا لهم إلى الأفضلِ، وهو اختيارُ [(٥)] الدِّينِ، وتركُ الكفاءةِ فيما سِواه، والاقتصارُ عليه، وهذا لا يمنَعُ جوازَ الامتِناعِ. وعندَنا الأفضلُ اعتِبارُ الدِّينِ، والاقتصارُ عليه، ويحتَمِلُ أنّه كان أمرَ إيجابٍ أمرَهم بالتّزْوِيجِ منهما مع عَدَمِ الكفاءةِ تخصيصًا لهم بذلك كما خَصّ أبا طَيْبَةَ بالتّمكينِ من شُرْبِ دَمِه ﷺ وخَصّ خُزَيْمةَ بقَبولِ شهادَتِه، وحْدَه، ونحوَ ذلك، ولا شَرِكةَ في موضِعِ الخصُوصيّةِ حَمَلْنا الحديثَيْنِ على ما قلنا تَوْفيقًا بين الدّلائلِ.

---

(١) لم أقف عليه من حديث بلال، وإنما هو من حديث ربيعة بن كعب الأسلمي. والحديث رواه أحمد في مسنده (١٦١٤١)، والطيالسي في مسنده، ص (١٦١)، والطبراني في الكبير (٥/ ٥٩)، حديث (٤٥٧٨). وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ٢٥٧): رواه أحمد والطبراني، وفيه مبارك بن فضالة، وحديثه حسن، وبقية رجال أحمد رجال الصحيح.

(٢) صحيح: رواه أحمد في مسنده، حديث (٢٢٩٧٨)، والطبراني في الأوسط (٥/ ٨٦)، حديث (٤٧٤٩) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه. وقال الهيثمي في المجمع (٣/ ٢٦٦): رواه أحمد ورجاله رجال الصحيح، وصححه الألباني في صحيح الترغيب والترهيب (٢٩٦٣).

(٣) ليست في المخطوط. (٤) تقدم تخريجه.

(٥) في المخطوط: «اعتبار».

وأمّا الحديثُ الثالثُ: فالمُرادُ به أحكامُ الآخِرةِ إذْ لا يُمْكِنُ حَمْلُه على أحكامِ الدُّنْيا لظُهورِ فضْلِ العرَبيِّ على العجميِّ في كثيرٍ من أحكامِ الدُّنيا، فيُحمَلُ على أحكامِ الآخِرةِ، وبه نقول.

والقياسُ على القِصاصِ غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ القِصاصَ شُرِعَ لَمَصْلَحةِ الحياةِ، واعتِبارُ الكفاءةِ فيه يُؤَدّي إلى تفويتِ هذه المصْلَحةِ؛ لأنّ كُلَّ أحدٍ [١] يقصِدُ قَتْلَ عَدوِّه الذي لا يُكافِئُه، فتفوتُ المصْلَحةُ المطْلوبةُ من القِصاصِ، وفي اعتِبارِ الكفاءةِ في بابِ النِّكاحِ تحقيقُ المصْلَحةِ المطْلوبةِ من النّكاحِ من الوجه الذي بيّنّا، فبَطَلَ الاعتِبارُ. وكذا الاعتِبارُ بجانِبِ المرأةِ لا يَصِحُّ أيضًا؛ لأنّ الرّجُلَ لا يستنكِفُ عن استِفْراشِ المرأةِ الدّنيئةِ؛ لأنّ الاستنكافَ عن [٢] المُستفرِشِ [لا عن المُستفرَشِ] [٣]، والزّوْجُ مُستفرِشٌ، فيستفرِشُ الوَطيءَ والخشِنَ.

فصل [في النكاح الذي الكفاءة فيه شرط]

وأمّا الثاني: فالنّكاحُ الذي الكفاءةُ فيه شرطُ لُزومِه هو إنْكاحُ المرأةِ نفسَها من غيرِ رِضا الأولياءِ لا يلزَمُ حتّى لو زَوّجَتْ نفسَها من غيرِ كُفْءٍ من غيرِ رِضا الأولياءِ [لا يلزَمُ] [٤]. وللأولياءِ [٥] حَقُّ الاعتِراضِ؛ لأنّ في الكفاءةِ حقًّا للأولياءِ؛ لأنّهم يَنْتفِعونَ بذلك ألا ترى أنّهم يتفاخَرونَ بعُلوِّ نَسَبِ الختَنِ، ويتعَيّرونَ بدناءةِ نَسَبه، فيتضَرَّرونَ بذلك، فكان لهم أنْ يدفَعوا الضّرَرَ عن أنفسِهم بالاعتِراضِ، كالمشتَري إذا باع الشِّقْصَ المشفوعَ، ثمّ جاء الشّفيعُ كان له أنْ يَفْسَخَ البيْعَ، ويأخُذَ المبيعَ بالشُّفْعةِ دَفْعًا للضَّرَرِ عن نفسِه كذا هذا.

ولو كان التّزْويجُ بِرِضاهم يلزَمُ حتّى لا يكونَ لهم حَقُّ الاعتِراضِ؛ لأنّ التّزْويجَ من المرأةِ تَصَرُّفٌ من الأهلِ في مَحَلٍّ هو خالِصُ حَقِّها، وهو نفسُها، وامتِناعُ اللُّزومِ كان لحَقِّهم المُتَعَلِّقِ بالكفاءةِ، فإذا رَضوا، فقد أسقَطوا حَقَّ أنفسِهم، وهم من أهلِ الإسقاطِ، والمحَلُّ قابِلٌ للسُّقوطِ، فيسقُطُ.

---

(١) في المخطوط: «واحد».
(٢) في المخطوط: «من».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «فللأولياء».

ولو رَضيَ به بعضُ الأولياءِ سَقَطَ حَقُّ الباقينَ في قولِ أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ، وعندَ أبي يوسفَ لا يسقُطُ.

وجه قولِه أنّ حَقَّهم في الكفاءةِ ثبت مشتَرَكًا بين الكُلِّ، فإذا رَضيَ به أحدُهم، فقد أسقَطَ حَقَّ نفسِه، فلا يسقُطُ حَقُّ الباقينَ كالدَّيْنِ إذا وجب لجَماعةٍ، فأبرأ بعضُهم لا يسقُطُ حَقُّ الباقينَ لما قلنا كذا هذا؛ ولأنّ رِضا أحدِهم لا يكونُ أكثرَ من رِضاها، فإنْ زَوّجَتْ نفسَها من غيرِ كُفْءٍ بغيرِ رِضاهم لا يسقُطُ حَقُّ الأولياءِ برِضاها، فلأَنْ لا يسقُطَ برِضا أحدِهم أولى.

(ولهما): أنّ هذا حَقٌّ واحِدٌ لا يتجَزَّأُ ثبت بسببٍ لا يتجَزَّأُ، وهو القرابةُ، وإسقاطُ بعضِ ما لا يتجَزَّأُ إسقاطٌ لكُلِّه؛ لأنّه لا بعضَ له، فإذا أُسقِطَ واحِدٌ منهم لا يُتَصَوّرُ بَقاؤه في حَقِّ الباقينَ كالقِصاصِ إذا وجب لجَماعةٍ، فعَفا أحدُهم عنه أنّه يسقُطُ حَقُّ الباقينَ كذا هذا.

ولأنّ حَقَّهم في الكفاءةِ ما ثبت لعَيْنِه بل لدَفْعِ الضّرَرِ، والتّزْوِيجُ من غيرِ كُفْءٍ وقَعَ إضرارًا بالأولياءِ من حيث الظّاهرُ، وهو ضَرَرُ عَدَمِ الكفاءةِ، فالظّاهرُ أنّه لا يَرْضَى به أحدُهم إلاّ بعدَ علمِه بمَصْلَحةٍ حقيقيّةٍ هي أعظَمُ من مَصْلَحةِ الكفاءةِ وقَفَ هو عليها، وغَفَلَ عنها الباقونَ لولاها لَما رَضيَ، وهي دَفْعُ ضَرَرِ الوُقوعِ في الزِّنا على تقديرِ الفسخِ.

وأمّا قولُه: «الحقُّ ثبت مشتَرَكًا بينهم»، فنقول على الوجه الأوّلِ مَمْنوعٌ بل ثبت لكُلِّ واحِدٍ منهم على الكمالِ كأنْ ليس معه غيرُه؛ لأنّ ما لا يتجَزَّأُ لا يُتَصَوّرُ فيه الشّرِكةُ كحَقِّ القِصاصِ، والأمانِ بخلافِ الدّيْنِ، فإنّه يتجَزَّأُ فتُتَصَوّرُ فيه الشّرِكةُ؟ وبِخلافِ ما إذا زَوّجَتْ نفسَها من غيرِ كُفْءٍ بغيرِ رِضا الأولياءِ؛ لأنّ هناك الحقُّ مُتَعَدِّدٌ، فحَقُّها خلافُ جِنْسِ حَقِّهم؛ لأنّ حَقَّها في نفسِها، وفي نفسِ العقدِ، ولا حَقَّ لهم في نفسِها [٢/ ٤٨أ]، ولا في نفسِ العقدِ، وإنّما حَقُّهم في دَفْعِ الشّينِ عن أنفسِهم، وإذا اختلف جِنْسُ [الحقِّ] (١)، فسُقوطُ أحدِهما لا يوجِبُ سُقوطَ الآخرِ.

وأمّا على الوجه الثّاني، فمُسَلَّمٌ لكنّ هذا الحقَّ ما ثبت لعَيْنِه بل لدَفْعِ الضّرَرِ، وفي

---

(١) ليست في المخطوط.

إبقائه لُزومُ أعلى الضَّرَرَيْنِ، فسَقَطَ ضرورةً، وكذلك الأولياءُ لو زَوّجوها من غيرِ كُفْءٍ برِضاها يلزَمُ النّكاحُ لما قلنا. ولو زَوّجَها أحدُ الأولياءِ من غيرِ كُفْءٍ برِضاها من غيرِ رِضا الباقينَ يجوزُ عندَ عامَّةِ العُلَماءِ خلافًا لمالِكٍ بناءً على أنّ ولايةَ الإنْكاحِ ولايةٌ مُستقِلَّةٌ لكُلِّ واحِدٍ منهم عندَنا، وعندَه ولايةٌ مشتركةٌ، وقد ذكرنا المسألةَ في شَرائطِ الجوازِ، وهل يلزَمُ قال أبو حنيفةَ، ومحمّدٌ: يلزَمُ. وقال أبو يوسفَ، وزُفَرُ، والشّافعيُّ: لا يلزَمُ.

(وجه قولِهم على نحوِ ما ذكرنا فيما تقَدَّمَ): أنّ الكفاءةَ حَقٌّ ثبت للكُلِّ على الشّرِكةِ، وأحدُ الشّريكَيْنِ إذا أسقَطَ حَقَّ نفسِه لا يسقُطُ حَقُّ صاحِبه كالدَّيْنِ المشتَرَكِ.

(وجه قولِهما): أنّ هذا حَقٌّ واحِدٌ لا يتجَزَّأُ ثبت بسببٍ لا يتجَزَّأُ، ومثلُ هذا الحقِّ إذا ثبت لجَماعةٍ يَثْبُتُ لكُلِّ واحِدٍ منهم على الكمالِ كأنْ ليس معــه غيرُه كالقِصاصِ والأمانِ؛ ولأنّ إقدامَه على النّكاحِ مع كمالِ الرّأيِ برِضاها مع التِزام ضَرَرٍ ظاهرٍ بالقبيلةِ وبنفسِه، وهو ضَرَرُ عَدَمِ الكفاءةِ بلُحوقِ العارِ والشّينِ دليلُ كونِه مَصْلَحةً في الباطِنِ، وهو اشتِمالُه على دَفْعِ ضَرَرٍ أعظَمَ من ضَرَرِ عَدَمِ الكفاءةِ، وهو ضَرَرُ عارِ الزِّنا أو غيرِه لولاه لَما فُعِلَ.

وأمّا إنْكاحُ الأبِ، والجدِّ الصّغيرَ والصّغيرةَ، فالكفاءةُ فيه ليستْ بشرطٍ للُزومِه عندَ أبي حنيفةَ كما أنّها ليستْ بشرطِ الجوازِ عندَه، فيجوزُ ذلك، ويلزَمُ لصُدورِه مِمَّنْ له كمالُ نَظَرٍ لكمالِ الشّفَقةِ بخلافِ إنْكاحِ الأخِ والعمِّ من غيرِ الكُفْءِ أنّه لا يجوزُ بالإجماعِ؛ لأنّه ضَرَرٌ محضٌ على ما بيّنّا في شَرائطِ الجوازِ. وأمّا إنْكاحُهما من الكُفْءِ، فجائزٌ عندَنا [1] خلافًا للشّافعيِّ [2]، لكنّه غيرُ لازمٍ في قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ، وعندَ أبي يوسفَ لازمٌ، والمسألةُ قد مرَّتْ.

فصل [فيما تعتبر فيه الكفاءة]

وأمّا [الثّالثُ في] [3] بيانِ ما تُعتَبَرُ فيه الكفاءةُ، فما تُعتَبَرُ فيه الكفاءةُ أشياءُ:

منها: النّسَبُ، والأصلُ فيه قولُ النّبيِّ ﷺ: «قُرَيْشٌ بعضُهم أكفاءٌ لبعضٍ، والعرَبُ بعضُهم

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٢٥٧)، الجامع الصغير ص ١٣٩، المبسوط (٤/ ٢١٣)
(٢) مذهب الشافعية: أنه لا يجوز تزويج الصغار من الرجال والنساء إلا للأب، أو الجد إذا لم يوجد الأب، انظر: مختصر المزنى ص (١٦٣، ١٦٤).
(٣) ليست في المخطوط.

أكفاءٌ لبعضٍ، حَيٌّ بحَيٍّ، وقَبيلةٌ بقَبيلةٍ، والموالي بعضُهم أكفاءُ لبعضٍ، رجلٌ برجلٍ»[(١)]؛ لأنّ التّفاخُرَ، والتّعييرَ يَقَعانِ بالأنْسابِ، فتُلْحَقُ النّقيصةُ بدناءةِ النّسَبِ، فتُعتَبَرُ فيه الكفاءةُ، فقُرَيْشٌ بعضُهم أكفاءٌ لبعضٍ على اختِلافِ قَبائِلِهم حتّى يكونَ القُرَشيُّ الذي ليس بهاشِميٍّ كالتّيْميِّ، والأُمويِّ والعدَويِّ، ونحوِ[(٢)] ذلك كُفْئًا للهاشِميِّ لقولِه ﷺ: «قُرَيْشٌ بعضُهم أكفاءٌ لبعضٍ»، وقُرَيْشٌ تشتَمِلُ على بَني هاشِمٍ.

والعرَبُ بعضُهم أكفاءٌ لبعضٍ بالنّصِّ، ولا تكونُ العرَبُ كُفْئًا لقُرَيْشٍ لفضيلةِ قُرَيْشٍ على سائرِ العرَبِ، ولِذلك اختُصّتِ الإمامةُ بهم.

قال النّبيُّ ﷺ: «الأئمّةُ من قُرَيْشٍ»[(٣)] بخلافِ القُرَشيِّ أنّه يصلُحُ كُفْئًا للهاشِميِّ، وإنْ كان للهاشِميِّ من الفضيلةِ ما ليس للقُرَشيِّ لكنّ الشّرعَ أسقَطَ اعتِبارَ تلك الفضيلةَ في بابِ النّكاحِ، عَرَفْنا ذلك بفعلِ رسولِ اللّه ﷺ وإجماعِ الصّحابةِ رضي الله عنهم، فإنّه رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ زَوّجَ ابنَتَه من عثمانَ رضي الله عنه وكان أُمويًّا لا هاشِميًّا، وزَوّجَ عَليٌّ رضي الله عنه ابنَتَه من عمرَ رضي الله عنه ولم يكنْ هاشِميًّا بل عَدَوِيًّا.

فدَلَّ أنّ الكفاءةَ في قُرَيْشٍ لا تختَصُّ ببَطْنٍ دونَ بَطْنٍ، واستَثْنَى محمّدٌ رضي الله عنه بيتَ الخلافةِ، فلم يجعلِ القُرَشيّ الذي ليس بهاشِميٍّ كُفْئًا له، ولا تكونُ الموالي أكفاءَ للعَرَبِ لفَضْلِ العرَبِ على العجَمِ، والموالي بعضُهم أكفاءٌ لبعضٍ بالنّصِّ، وموالي العرَبِ

---

(١) رواه البزار (٧/ ١٢١)، حديث (٢٦٧٧) عن معاذ بن جبل. وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ٢٧٥): فيه سليمان بن أبي الجون ولم أجد من ذكره، وبقية رجاله رجال الصحيح، ورواه البيهقي في الكبرى (٧/ ١٣٤)، حديث (١٣٥٤٧)، عن ابن عمر، وانظر الدراية (٢/ ٦٣)، وخلاصة البدر المنير (٢/ ١٩١)، حديث (١٩٥٤)، وقال: رواه ابن أبي حاتم في علله من رواية ابن عمر، وقال: سألت أبي عنه، فقال: منكر. وقال مرة: كذب، لا أصل له، وقال ابن عبد البر: منكر موضوع: وفي نصب الراية (٣/ ١٩٧)، قال صاحب التنقيح: هذا منقطع؛ إذ لم يسم شجاع بن الوليد بعض أصحابه.

(٢) في المخطوط: «غير».

(٣) صحيح: رواه أحمد في مسنده، حديث (١٢٤٨٩)، والضياء في المختارة (٤/ ٤٠٣)، حديث (١٥٧٦)، والطيالسي في مسنده، ص (٢٨٤)، والبيهقي في الكبرى (٣/ ١٢١)، حديث (٥٠٨١)، والنسائي في الكبرى (٣/ ٤٦٧)، حديث (٥٩٤٢)، وأبو يعلى في مسنده (٦/ ٣٢١)، حديث (٣٦٤٤)، والطبراني في الكبير (١/ ٢٥٢)، حديث (٧٢٥) عن أنس رضي الله عنه، وقال الحافظ في التلخيص (٤/ ٤٢)، حديث (١٧٣٠): وقد جمعت الإشارة في جزء مفرد عن نحو من أربعين صحابيًّا. وصححه الألباني في صحيح الجامع (٢٧٥٨).

أكفاءٌ لموالي قُرَيْشٍ لعُمومِ قولِه: «والموالي بعضُهم أكفاءُ لبعضٍ رجلٌ برجلٍ»[(١)].

ثمّ مُفاخَرةُ العجَمِ بالإسلامِ لا بالنّسَبِ. ومَنْ له أبٌ واحِدٌ في الإسلامِ لا يكونُ كُفئًا لمَنْ له أبوان فصاعدًا في الإسلام، ومن له أبوان في الإسلام يكون كفئًا لمن له آباءٌ كثيرةٌ في الإسلامِ؛ لأنّ تَمامَ التّعريفِ بالجدِّ، والزّيادةُ على ذلك لا نِهايةَ لها، وقيلَ: هذا إذا كان في موضِعٍ قد طالَ عَهْدُ الإسلامِ وامتَدَّ.

فأمّا إذا كان في موضِعٍ كان عَهْدُ الإسلامِ قَريبًا بحيث لا يُعَيّرُ بذلك، ولا يُعَدُّ عَيْبًا يكونُ بعضُهم كُفئًا لبعضِهم؛ لأنّ التّعييرَ إذا لم يُجْبَرْ بذلك، ولم يُعَدّ عَيْبًا لم يلحَقِ الشّينُ والنّقيصةُ، فلا يتحَقّقُ الضّرَرُ.

فصل [في شرط الحرية في الكفاءة]

ومنها: الحُرّيّةُ؛ لأنّ النّقْصَ، والشّينَ بالرِّقِّ، فوقَ النّقْصِ، والشّينِ بدناءةِ النّسَبِ، فلا يكونُ القِنُّ، والمُدَبَّرُ، والمُكاتَبُ كُفئًا للحُرّةِ بحالٍ، ولا يكونُ مولى العتاقةِ كُفئًا لحُرّةِ الأصلِ، ويكونُ كُفْئًا لمثلِه؛ لأنّ التّفاخُرَ يَقَعُ بالحُرّةِ الأصليّةِ، والتّعييرُ يَجْري في الحُرّيّةِ العارِضةِ المُستفادةِ بالإعتاقِ.

وكذا مَنْ له أبٌ واحِدٌ في الحُرّيّةِ لا يكونُ كُفْئًا لمَنْ له [٢/ ٤٨ب] أبوانِ، فصاعِدًا في الحُرّيّةِ. ومَنْ له أبوانِ في الحُرّيّةِ لا يكونُ كُفْئًا لمَنْ له آباءٌ كثيرةٌ في الحُرّيّةِ كما في إسلامِ الآباءِ؛ لأنّ أصلَ التّعريفِ بالأبِ، وتَمامُه بالجدِّ، وليس وراءَ التّمامِ شيءٌ.

وكذا مولى الوَضيعِ لا يكونُ كُفْئًا لمولاةِ الشّريفِ حتّى لا يكونَ مولى العرَبِ كُفْئًا لمولاةِ بَني هاشِمٍ حتّى لو زَوّجَتْ مولاةُ بَني هاشِمٍ نفسَها من مولى العرَبِ كان لمُعتِقِها حَقُّ الاعتِراضِ؛ لأنّ الوَلاءَ بمنزِلةِ النّسَبِ قال النّبيُّ ﷺ: «الوَلاءُ لُحمةٌ كلُحمةِ النّسَبِ»[(٢)] والله أعلم.

---

(١) أورده الهيثمي في «المجمع»، (٤/ ٢٧٥)، وقال: رواه البزار وفيه سليمان بن أبي الجون ولم أجد من ذكره وبقية رجاله رجال الصحيح.

(٢) أخرجه الشافعي في مسنده ص (٣٣٨)، وابن حبان في صحيحه (١١/ ٣٢٥، ٣٢٦)، حديث (٤٩٥٠)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٣٧٩)، حديث (٧٩٩١) من حديث ابن عمر، وهو صحيح. وانظر صحيح الجامع (٧١٥٧)، والإرواء (١٦٦٨).

فصل [في شرط المال في الكفاءة]

ومنها: المالُ، فلا يكونُ الفقيرُ كُفْئًا للغَنِيّةِ؛ لأنّ التّفاخُرَ بالمالِ أكثرُ من التّفاخُرِ بغيرِه عادةً، وخُصُوصًا في زَمانِنا هذا؛ ولأنّ للنّكاحِ تَعَلُّقًا بالمهْرِ والنّفقةِ تعَلُّقًا لازِمًا، فإنّه لا يجوزُ بدونِ المهْرِ، والنّفقةُ لازِمةٌ، ولا تَعَلُّقَ له بالنّسَبِ والحُرّيّةِ، فلَمّا اعتُبِرَتِ الكفاءةُ ثَمّةَ، فلأَنْ تُعتبَرَ ههنا أولى، والمُعتبَرُ فيه القُدْرةُ على مَهْرِ مثلِها، والنّفَقةِ، ولا تُعتبَرُ الزّيادةُ على ذلك حتّى أنّ الزّوْجَ إذا كان قادِرًا على مَهْرِ مثلِها، ونَفَقَتِها يكونُ كُفْئًا لها، وإنْ كان لا يُساوِيها في المالِ هكذا رُوِيَ عن أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، ومحمّدٍ في ظاهرِ الرِّواياتِ.

وذُكِرَ في غيرِ روايةِ الأُصُولِ أنّ تَساوِيهِما في الغِنَى شرطُ تَحَقُّقِ الكفاءةِ في قولِ أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ خلافًا لأبي يوسفَ؛ لأنّ التّفاخُرَ يَقَعُ في الغِنَى عادةً، والصّحيحُ هو الأوّلُ؛ لأنّ الغِنَى لا ثَباتَ له؛ لأنّ المالَ غادٍ ورائحٍ، فلا تُعتبَرُ المُساواةُ في الغِنَى. ومَنْ لا يملِكُ مَهْرًا، ولا نَفَقةً لا يكونُ كُفْئًا؛ لأنّ المهْرَ عِوَضُ ما يُمْلَكُ بهذا العقدِ، فلا بُدَّ من القُدْرةِ عليه، و[قيامُ] [١] الازْدِواجِ بالنّفَقةِ، فلا بُدَّ من القُدْرةِ عليها؛ ولأنّ مَنْ لا قُدْرةَ له على المهْرِ، والنّفَقةِ يُستحقَرُ، ويُستَهانُ في العادةِ كمَنْ له نَسَبٌ دَنِيءٌ، فتختَلُّ به المصالِحُ كما تختَلُّ عندَ دَناءةِ النّسَبِ.

وقيلَ: المُرادُ من المهْرِ قدرُ المُعَجَّلِ عُرْفًا وعادةً دونَ ما في الذِّمّةِ؛ لأنّ ما في الذِّمّةِ يُسامَحُ فيه بالتّأخيرِ إلى وقتِ اليسارِ، (فلا يَطْلُبُ) [٢] به للحالِ عادةً، والمالُ غادٍ ورائحٍ. ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنّه إذا مَلَكَ النّفَقةَ يكونُ كُفْئًا، وإنْ لم يملِكِ المهْرَ هكذا رَوَى الحسَنُ بنُ أبي مالِكٍ عنه، فإنّه رَوَى عنه أنّه قال: سَألْتُ أبا يوسفَ عن الكُفْءِ، فقال: الذي يملِكُ المهْرَ والنّفَقةَ، فقُلْت، وإنْ كان يملِكُ المهْرَ دونَ النّفَقةِ، فقال: لا يكونُ كُفْئًا، فقُلْتُ، فإنْ مَلَكَ النّفَقةَ دونَ المهْرِ، فقال: يكونُ كُفْئًا، وإنّما كان كذلك؛ لأنّ المرءَ يُعَدُّ قادِرًا على المهْرِ بقُدْرةِ أبيه عادةً [، ولِهذا لم يَجز دَفْعُ الزّكاةِ إلى ولَدِ الغنيِّ إذا كان صَغيرًا، وإنْ كان فقيرًا في نفسِه؛ لأنّه يُعَدُّ غنيًّا بمالِ أبيه] [٣]، ولا يُعَدُّ قادِرًا على

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «ولا يطالب».
(٣) ليست في المخطوط.

النّفَقةِ بغِنَى أبيه؛ لأنّ الأبَ يتحَمّلُ المهْرَ الذي على ابنِه، ولا يتحَمّلُ نَفَقةَ زَوْجَتِه عادةً.

وقال بعضُهم: إذا كان الرّجُلُ ذا جاهٍ كالسّلْطانِ والعالِمِ، فإنّه يكونُ كُفْئًا، وإنْ كان لا يملِكُ من المالِ إلاّ قدرَ النّفَقةِ لما ذكرنا أنّ المهْرَ تجري فيه المُسامَحةُ بالتّأخيرِ إلى وقتِ اليسارِ، والمالُ يَغْدو ويَروحُ، وحاجةُ المعيشةِ تندَفِعُ بالنّفَقةِ [والمال يغدو ويروح] (١).

فصل [في شرط الدين في الكفاءة]

ومنها: الدِّينُ في قولِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ حتّى لو أنّ امرأةً من بَناتِ الصّالِحينَ إذا زَوّجَتْ نفسَها من فاسِقٍ كان للأولياءِ حَقُّ الاعتِراضِ عندَهما (٢)؛ لأنّ التّفاخُرَ بالدِّينِ أحَقُّ من التّفاخُرِ بالنّسَبِ، والحُرِّيّةِ والمالِ، والتّعييرُ بالفِسقِ أشَدُّ وُجوه التّعييرِ.

وقال محمّدٌ: لا تُعتَبَرُ الكفاءةُ في الدِّينِ؛ لأنّ هذا من أُمورِ الآخِرةِ، والكفاءةُ من أحكامِ الدُّنْيا، فلا يقدَحُ فيها الفِسقُ إلاّ إذا كان شيئًا فاحِشًا بأنْ كان الفاسِقُ مِمّنْ يُسخَرُ منه، ويُضْحَكُ عليه، ويُصْفَعُ، فإنْ كان مِمّنْ يُهابُ منه بأنْ كان أميرًا قَتّالاً يكونُ كُفْئًا؛ لأنّ هذا الفِسقَ لا يُعَدُّ شيئًا في العادةِ، فلا يقدَحُ في الكفاءةِ، (وعن أبي يوسفَ) (٣) أنّ الفاسِقَ إذا كان مُعلِنًا لا يكونُ كُفْئًا، وإنْ كان مُستَتِرًا يكونُ كُفْئًا.

فصل [في شرط الحرفة في الكفاءة]

وأمّا الحِرْفةُ: فقد ذكر الكَرْخيُّ أنّ الكفاءةَ في الحِرَفِ والصِّناعاتِ مُعتَبَرةٌ عندَ أبي يوسفَ، فلا يكونُ الحائكُ كُفْئًا للجَوْهَريِّ والصّيْرَفيِّ، وذُكِرَ أنّ أبا حنيفةَ بَنَى الأمرَ فيها على عادةِ العرَبِ أنّ مواليهم يَعملونَ هذه الأعمالَ لا يقصِدونَ بها الحِرف، فلا يُعَيّرونَ بها، وأجاب أبو يوسفَ على عادةِ أهلِ البِلادِ أنّهم يَتّخِذونَ ذلك حِرْفةً، فيُعَيّرونَ بالدّنيءِ من الصّنائعِ، فلا يكونُ بينهم (٤) خلافٌ في الحقيقةِ.

وكذا ذكر القاضي في شرحِه مختصَرَ الطّحاوِيِّ اعتِبارَ الكفاءةِ في الحِرْفةِ، ولم يذكرِ الخلافَ، فتَثْبُتُ الكفاءةُ بين (الحِرْفَتَيْنِ في) (٥) جِنْسٍ واحِدٍ كالبزّازِ مع البزّازِ، والحائكِ

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «عليها».
(٣) في المخطوط: «وقال بعضهم».
(٤) في المخطوط: «بينهما».
(٥) في المخطوط: «المحترفين من».

مع الحائكِ، وتَثْبُتُ عندَ اختِلافِ جِنْسِ الحِرَفِ إذا كان يُقارِبُ بعضُها بعضًا كالبزَّازِ مع الصّائغِ، والصّائغِ مع [٢/ ٤٩أ] العطّارِ، والحائكِ مع الحجّامِ، والحجّامِ مع الدّبّاغِ، ولا تَثْبُتُ فيما لا مُقارَبَةَ بينهما كالعطّارِ مع البيْطارِ، والبزّازِ مع الخرّازِ.

وذُكِرَ في بعضِ نُسَخِ الجامعِ [الصّغيرِ] (١) أنّ الكفاءةَ في الحِرَفِ (٢) مُعتَبَرةٌ في قولِ أبي حنيفةَ، [ومحمد] (٣) وعندَ أبي يوسفَ غيرُ مُعتَبَرةٍ إلاّ أنْ تكونَ فاحِشةً كالحياكةِ، والحِجامةِ والدّبّاغةِ، ونحوِ ذلك؛ لأنّها ليستْ بأمرٍ لازِمٍ واجبِ الوُجودِ ألا ترى أنّه يقدِرُ على تركِها، وهذا يُشْكِلُ بالحياكةِ وأخواتِها، فإنّه قادِرٌ على تركِها، ومع هذا يقدَحُ في الكفاءةِ، واللّه تعالى الموفّقُ، وأهلُ الكُفرِ بعضُهم أكفاءٌ لبعضٍ؛ لأنّ اعتِبارَ الكفاءةِ لدَفْعِ النّقيصةِ، ولا نَقيصةَ أعظَمُ من الكُفرِ.

فصل [فيمن تعتبر له الكفاءة]

وأمّا بيانُ مَنْ تُعتَبَرُ له الكفاءةُ، فالكفاءةُ تُعتَبَرُ للنّساءِ لا للرّجالِ على معنى أنّه تُعتَبَرُ الكفاءةُ في جانِبِ الرّجالِ للنّساءِ، ولا تُعتَبَرُ في جانِبِ النّساءِ للرّجالِ؛ لأنّ النُّصوصَ وردتْ بالاعتِبارِ في جانِبِ الرّجالِ خاصّةً.

وكذا المعنى الذي شُرِعَتْ له الكفاءةُ يوجِبُ اختِصاصَ اعتِبارِها بجانِبِهم؛ لأنّ المرأةَ هي التي تستنكِفُ لا الرّجُلُ؛ لأنّها هي المُستفرَشةُ. فأمّا الزّوْجُ، (فهو المُستفرِشُ) (٤)، فلا تَلْحَقُه الأنَفةُ من قِبَلِها. ومن مشايِخِنا مَنْ قال: إنّ الكفاءةَ في جانِبِ النّساءِ مُعتَبَرةٌ أيضًا عندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ استدلالاً بمسألةٍ ذكرها في الجامعِ الصّغيرِ في بابِ الوَكالةِ، وهي أنّ أميرًا أمرَ رجلاً أنْ يُزَوِّجَه امرأةً، فزَوّجَه أمةً لغيرِه قال: جاز عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهما لا يجوزُ، ولا دَلالةَ في هذه المسألةِ على ما زَعَموا؛ لأنّ عَدَمَ الجوازِ عندَهما يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ لمعنًى آخَرَ، وهو أنّ من أصلِهِما أنّ التّوْكيلَ (٥) المُطْلَقَ يتقيّدُ بالعُرْفِ والعادةِ، فيَنْصَرِفُ إلى المُتعارَفِ كما في الوَكيلِ بالبيْعِ المُطْلَقِ، ومن أصلِ أبي حنيفةَ أنّه يُجْرى على إطلاقِه في غيرِ موضِعِ الضّرورةِ، والتُّهْمةِ، ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ عَدَمُ الجوازِ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «الحرفة».

(٣) زيادة من المخطوط.

(٤) في المخطوط: «فمستفرش».

(٥) في المخطوط: «التوكل».

عندَهما لاعتِبارِ الكفاءةِ في تلك المسألةِ خاصّةً حَمْلاً للمُطْلَقِ على المُتعارَفِ كما هو أصلُهما إذِ المُتعارَفُ هو التّزْوِيجُ بالكُفْءِ، فاستحسَنّا اعتِبارَ الكفاءةِ في جانِبِهنّ في مثلِ تلك الصُّورةِ لمكانِ العُرْفِ والعادةِ، وقد نَصّ محمّدٌ - رحمه الله - على القياسِ، والاستحسانِ في تلك المسألةِ في وكالةِ الأصلِ، فلم تَكُنْ هذه المسألةُ دليلاً على اعتِبارِ الكفاءةِ في جانِبِهنّ أصلاً عندَهما، ولا تكونُ دليلاً على ذلك على الإطلاقِ [بل] [1] في تلك الصُّورةِ خاصّةً استحسانًا للعُرْفِ. ولو أظهَرَ رجلٌ نَسبه لامرأةٍ، فزَوّجَتْ نفسَها منه، ثمّ ظهر نَسَبُه على خلافِ ما أظهَرَه، فالأمرُ لا يخلو إمّا أنْ يكونَ المكتومُ مثلَ المُظْهَرِ، وإمّا أنْ يكونَ أعلى منه، وإمّا أنْ يكونَ أدوَنَ، فإنْ كان مثلَه بأنْ أظهَرَ أنّه تَيْميٌّ، ثمّ ظهر أنّه عَدَوِيٌّ، فلا خيارَ لها؛ لأنّ الرِّضا بالشّيءِ يكونُ رِضًا بمثلِه، وإنْ كان أعلى منه بأنْ أظهَرَ أنّه عَرَبيٌّ، فظهر أنّه قُرَشيٌّ، فلا خيارَ لها أيضًا؛ لأنّ الرِّضا بالأدنى يكونُ رِضًا بالأعلى من طَريقِ الأولى.

وعن الحسَنِ بنِ زيادٍ أنّ لها الخيارَ؛ لأنّ الأعلى لا يحتَمِلُ منها ما (يحتَمِلُ الأدنى) [2]، فلا يكونُ الرِّضا منها بالمُظْهَرِ رِضًا بالأعلى منه، وهذا غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ الظّاهرَ أنّها ترضَى بالكُفْءِ، وإنْ كان الكُفْءُ لا يحتَمِلُ منها ما يحتَمِلُ غيرُ الكُفْءِ؛ لأنّ غيرَ الكُفْءِ ضَرَرُه أكثرُ من نَفْعِه، فكان الرِّضا بالمُظْهَرِ رِضًا بالأعلى منه من طَريقِ الأولى، وإنْ كان أدوَنَ منه بأنْ أظهَرَ أنّه قُرَشيٌّ، ثمّ ظهر أنّه عَرَبيٌّ، فلَها الخيارُ.

وإنْ كان كُفئًا لها بأنْ كانتِ المرأةُ عَرَبيّةً؛ لأنّها إنّما رَضيَتْ بشرطِ الزِّيادةِ، وهي زيادةٌ مرغوبٌ فيها، ولم تحصُلْ، فلا تكونُ راضيةً بدونِها، فكان لها الخيارُ. ورُوِيَ أنّه لا خيارَ لها؛ لأنّ الخيارَ لدَفْعِ النّقْصِ [3]، ولا نَقيصةَ؛ لأنّه كُفْءٌ لها هذا إذا فعل الرّجُلُ ذلك. فأمّا إذا فعلَتِ المرأةُ بأنْ أظهَرَتِ امرأةٌ نَسبها لرجلٍ، [فتزَوّجها] [4]، ثمّ ظهر بخلافِ ما أظهَرَتْ، فلا خيارَ للزّوجِ سَواءٌ تبيّنَ أنّها حُرّةٌ أو أمةٌ؛ لأنّ الكفاءةَ في جانِبِ النِّساءِ غيرُ مُعتبَرةٍ، ويتّصِلُ بهذا ما إذا تزَوّجَ رجلٌ امرأةً على أنّها حُرّةٌ، فوَلَدَتْ منه، ثمّ أقام رجلٌ البيِّنةَ على أنّها أمَتُه، فإنّ المولى بالخيارِ إنْ شاء أجاز النِّكاحَ، وإنْ شاء أبطَلَه؛ لأنّ النِّكاحَ حَصَلَ بغيرِ إذنِ

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «لا يحتمل الأدون».
(٣) في المخطوط: «النقيصة».
(٤) ليست في المخطوط.

المولى، فوُقِفَ على إجازتِه، ويَغْرَمُ العُقْرَ؛ لأنّه وطِئَ جاريةً غيرَ مَمْلوكةٍ له حقيقةً، فلا يخلو عن عُقوبةٍ أو غرامةٍ، ولا سبيلَ إلى إيجاب العُقوبةِ للشُّبْهةِ، فتجبُ الغرامةُ.

وأمّا الوَلَدُ، فإنْ كان المغرورُ حُرًّا؛ فالوَلَدُ حُرٌّ بالقيمةِ لإجماعِ الصّحابةِ رضي الله عنهم على ذلك [٢/ ٤٩ب]، فإنّه رُوِيَ عن عمرَ رضي الله عنه أنّه قضَى بذلك بمحضرٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم، ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكرَ عليه أحدٌ، فيكونُ إجماعًا؛ ولأنّ الاستيلادَ حَصَلَ بناءً على ظاهرِ النّكاحِ إذْ لا علمَ لَلْمُستوْلِدِ بحقيقةِ الحالِ، فكان المُستوْلِدُ مُستحِقًّا للنّظَرِ، والمُستحَقُّ مُستحِقًّا للنّظَرِ أيضًا؛ لأنّه ظهر كونُ الجاريةِ مِلْكًا له، فتجبُ مُراعاةُ الحقَّيْنِ بقدرِ الإمكانِ، فراعَيْنا حَقَّ المُستوْلِدِ في صُورةِ الأولادِ، وحَقَّ المُستَحِقِّ في معنى الأولادِ رِعايةً للجانِبَيْنِ بقدرِ الإمكانِ، وتُعتَبَرُ قيمَتُه يومَ الخصُومةِ؛ لأنّه وقتُ [وجود] [1] سببِ وُجوبِ الضّمانِ، وهو مَنْعُ الوَلَدِ عن المُستَحِقِّ له؛ لأنّه عَلَّقَ عبدًا في حَقِّه، ومُنِعَ عنه يومَ الخصُومةِ.

ولو ماتَ الوَلَدُ قبلَ الخصُومةِ لا يَغْرَمُ قيمَتَه؛ لأنّ الضّمانَ يجبُ بالمنْعِ، ولم يوجَدِ المنْعُ من المغرورِ؛ ولأنّه لا صُنْعَ له في موتِه، وإنْ كان الابنُ ترك مالاً، فهو ميراثٌ لأبيه؛ لأنّه ابنُه، وقد ماتَ حُرًّا، فيَرِثُه، ولا يَغْرَمُ للمُستَحِقِّ شيئًا؛ لأنّ الميراثَ ليس ببَدَلٍ عن الميِّتِ. وإنْ كان الابنُ قَتَلَه رجلٌ، وأخذ الأبُ الدِّيةَ، فإنّه يَغْرَمُ قيمَتَه للمُستَحِقِّ؛ لأنّ الدِّيةَ بَدَلٌ عن المقتولِ، فتقومُ مَقامه كأنّه حَيٌّ.

وإنْ كان رجلٌ ضرب بَطْنَ الجاريةِ، فألقتْ جنينًا مَيِّتًا يَغْرَمُ الضّارِبُ الغرَّةَ خمسَمِائةٍ، ثمّ يَغْرَمُ المُستوْلِدُ للمُستَحِقِّ، فإنْ كان الوَلَدُ ذكَرًا، فنصفُ عُشْرِ قيمَتِه، وإنْ كان أُنْثى، فعُشْرُ قيمَتِها، وإنْ كان المغرورُ عبدًا، فالأولادُ يكونونَ أرِقّاءَ للمُستَحِقِّ في قولِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وعندَ محمّدٍ يكونونَ أحرارًا، ويكونونَ أولادَ المغرورِ.

(وجه قولِ محمّدٍ): أنّ هذا ولَدُ المغرورِ حقيقةً لانخلاقِه من مائه، ووَلَدُ المغرورِ حُرٌّ بالقيمةِ بإجماعِ الصّحابةِ رضي الله عنهم.

(ولهما): أنّ القياسَ أنْ يكونَ الوَلَدُ مِلْكَ المُستَحِقِّ؛ لأنّ الجاريةَ تَبيّنَ أنّها مِلْكُه، فيُتَبيّنُ أنّ الوَلَدَ حَدَثَ على مِلْكِه؛ لأنّ الوَلَدَ يَتْبَعُ الأُمَّ في الحُرّيّةِ والرِّقِّ إلاّ أنّا تَرَكْنا القياسَ

---

(١) زيادة من المخطوط.

بإجماعِ الصّحابةِ رضي الله عنهم، [ولنا أن القياس أن يكون الولد ملك مستحق][(١)] وهم إنّما قضَوْا بحُرِّيّةِ الوَلَدِ في المغرورِ الحُرِّ، فبَقيَ الأمرُ في غيرِه مردودًا إلى أصلِ القياسِ، ثمّ المغرورُ هل يرجعُ بما غَرِمَ على الغارِّ، والغارُّ لا يخلو إمّا أنْ يكونَ أجنبيًّا، وإمّا أنْ يكونَ مولى الجاريةِ، [وإمّا أنْ يكونَ هي الجاريةُ] [(٢)]، فإنْ كان أجنَبيًّا فإنْ كان حُرًّا، فغَرَّه بأنْ قال: تَزَوّجْ بها، فإنّها حُرَّةٌ أو لم يَأمُرْه بالتّزْوِيجِ لكنّه زَوّجَها على أنّها حُرَّةٌ أو قال: هي حُرَّةٌ، وزَوّجَها منه، فإنّه يرجعُ على الغارِّ بقيمةِ الأولادِ؛ لأنّه صار ضامِنًا له ما يلحَقُه من الغرامةِ في ذلك النّكاحِ، فيرجعُ عليه بحكمِ الضّمانِ، ولا يرجعُ عليه بالعُقْرِ؛ لأنّه ضَمِنَه بفعلِ نفسِه، فلا يرجعُ على أحدٍ.

ولو قال: هي حُرَّةٌ، ولم يَأمُرْه بالتّزْوِيجِ [(٣)]، ولم يُزَوِّجْها منه لا يُرْجَعُ على المخبِرِ بشيءٍ؛ لأنّ معنى الضّمانِ، والالتِزامِ لا يتحَقّقُ بهذا القدرِ، وإنْ كان الغارُّ عبد الرّجُلِ، فإنْ كان مولاه لم يَأمُرْه بذلك يرجعُ عليه بعدَ العتاقِ، وإنْ كان أمرَه بذلك رجع عليه للحالِ إلاّ إذا كان مُكاتَبًا أو مُكاتَبَةً، فإنّه يرجعُ عليه بعدَ العتاقِ؛ لأنّ أمرَ [(٤)] المولى بذلك لا يَصِحُّ، وإنْ كان المولى هو الذي غَرَّه، فلا يَضْمَنُ المغرورُ من قيمةِ الأولادِ شيئًا؛ لأنّه لو ضَمِنَ للمولى لَكان له أنْ يرجعَ على المولى بما ضَمِنَ [(٥)]، فلا يُفيدُ وُجوبَ الضّمانِ، وإنْ كانتِ الأمةُ هي التي غَرَّتْه؛ فإنْ كان المولى لم يَأمُرْها بذلك، فإنّ المغرورَ يرجعُ على الأمةِ بعدَ العتاقِ لا للحالِ؛ لأنّه دَيْنٌ لم يظهرْ في حَقِّ المولى، وإنْ كان أمرَها بذلك يرجعُ على الأمةِ للحالِ؛ لأنّه ظهر وُجوبُه في حَقِّ المولى هذا إذا غَرَّه أحدٌ أمّا إذا لم يَغرَّه أحدٌ، ولكنّه ظَنّ أنّها حُرَّةٌ، فتَزَوّجَها، فإذا هي أمةٌ، فإنّه لا يرجعُ بالعُقْرِ على أحدٍ لما قلنا، والأولادُ أرِقّاءُ لمولى الأمةِ؛ لأنّ الجاريةَ مِلْكُه، [على ما بينا] [(٦)] واللهُ أعلَمُ.

فصل [في كمال المهر]

ومنها: كمالُ مَهْرِ المثلِ في إنْكاحِ الحُرَّةِ العاقِلةِ البالِغةِ نفسَها من [غيرِ] [(٧)] كُفْءٍ بغيرِ

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «بالتزوج».
(٤) في المخطوط: «أمره».
(٥) في المخطوط: «يضمن».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) ليست في المخطوط.

رِضا الأولياءِ في قولِ أبي حنيفةَ، حتّى لو زَوّجَتْ نفسَها من كُفْءٍ بأقَلَّ من مَهْرِ مثلِها مقدارُ ما لا يُتَغابَنُ فيه النّاسُ بغيرِ رِضا الأولياءِ، فللأولياءِ حَقُّ الاعتِراضِ عندَه، فإمّا أنْ يَبْلُغَ الزّوْجُ إلى مَهْرِ مثلِها أو يُفَرَّقُ بينهما، وعندَ أبي يوسفَ ومحمّدٍ هذا ليس بشرطٍ، ويلزَمُ النّكاحُ بدونِه حتّى لا يَثْبُتَ للأولياءِ حَقُّ الاعتِراض، وهاتانِ المسألَتانِ أعني هذه المسألةَ والمسألةَ المُتقدِّمةَ عليها، وهي ما إذا زَوّجَتْ نفسَها من غيرِ كُفْءٍ، وبِغيرِ رِضا الأولياءِ لا شَكَّ أنّهما [٢/ ٥٠أ] يتفرّعانِ على أصلِ أبي حنيفةَ وزُفر، وإحدى الرِّوايتيْنِ عن أبي يوسفَ، وروايةِ الرّجوعِ عن محمّدٍ؛ لأنّ النّكاحَ جائزٌ.

وأمّا على أصلِ محمّدٍ في ظاهرِ الرِّوايةِ عنه، وإحدى الرِّوايتيْنِ عن أبي يوسفَ، فلا يجوزُ هذا النّكاحُ، فيُشْكِلُ التّفريعُ، فتُصوّرُ المسألةُ فيما إذا أذِنَ الوَليُّ لها بالتّزْوِيجِ، فزَوّجَتْ نفسَها من غيرِ كُفْءٍ أو من كُفْءٍ بأقَلَّ من مَهْرِ مثلِها، وذُكِرَ في الأصلِ صُورةٌ أُخرى، وهي ما إذا أُكْرِهَ الوَليُّ، والمرأةُ على النِّكاحِ من غيرِ كُفْءٍ أو من كُفْءٍ بأقَلَّ من مَهْرِ مثلِها، ثمّ زالَ الإكراه، ففي المسألةِ الأُولى لِكُلِّ واحِدٍ منهما أعني الوَليّ والمرأةَ حَقُّ الاعتِراضِ، وإنْ رَضيَ أحدُهما لا يَبْطُلُ حَقُّ الآخرِ، وفي المسألةِ الثّانيةِ لها حَقُّ الاعتِراضِ، فإنْ رَضيَتْ بالنّكاحِ والمهْرِ، فللوَليِّ أنْ يَفْسَخَ في قولِ أبي حنيفةَ، وفي قولِ محمّدٍ، وأبي يوسفَ الأخيرِ ليس له أنْ يَفْسَخَ، وتَصَوُّرُ المسألةِ على أصلِ الشّافعيّ فيما إذا أمرَ الوَليُّ رجلاً بالتّزْوِيجِ، فزَوّجَها من غيرِ كُفْءٍ برِضاها أو من كُفْءٍ بمَهْرٍ قاصِرٍ برِضاها.

(وجه قولِ أبي يوسفَ، ومحمّدٍ) أنّ المهْرَ حَقُّها على الخلوصِ كالثّمَنِ في البيْعِ، والأُجْرةِ في الإجارةِ، فكانتْ هي بالنّقْصِ مُتصرِّفةً في خالِصِ حَقِّها، فيَصِحُّ، ويلزَمُ كما إذا أبرأت زَوْجَها عن المهْرِ؛ ولِهذا جاز الإبراءُ عن الثّمَنِ في بابِ البيْعِ، والبيْعُ بثَمَنٍ بَخسٍ كذا هذا.

(ولأبي حنيفةَ): أنّ للأولياءِ حَقًّا في المهْرِ؛ لأنّهم يَفْتَخِرونَ بغَلاءِ المهْرِ، ويتعَيّرونَ ببَخسِه، فيلحَقُهم الضّرَرُ بالبخسِ، وهو ضَرَرُ التّعييرِ، فكان لهم دَفْعُ الضّرَرِ عن أنفسِهم بالاعتِراضِ، ولِهذا يَثْبُتُ لهم حَقُّ الاعتِراضِ بسببِ عَدَمِ الكفاءةِ كذا هذا؛ ولأنّها بالبخسِ عن مَهْرِ مثلِها أضَرّتْ بِنساءِ قَبيلَتِها؛ لأنّ مُهورَ مثلِهن عندَ تقادُمِ العهْدِ تُعتَبَرُ بها، فكانتْ بالنّقْصِ مُلْحِقةً الضّرَرَ بالقبيلةِ، فكان لهم دَفْعُ هذا الضّرَرِ عن أنفسِهم بالفسخِ، واللهُ أعلَمُ.

فصل [في بعض صور وجوب المهر كاملًا]

ومنها: خُلوُّ الزّوْجِ عن عَيْبِ الجبِّ والعُنّةِ، عندَ عَدَمِ الرِّضا من الزّوْجةِ بهما عندَ عامّةِ العُلَماءِ.

وقال بعضهم: عَيْبُ العُنّةِ لا يمنَعُ لُزومَ النّكاحِ، واحتَجُّوا بما رُوِيَ أنّ امرأةَ رِفاعةَ أتَتْ رسولَ اللَّه ﷺ، وقالتْ: يا رسولَ اللَّه إنّي كُنْتُ تحت رِفاعةَ، فطَلَّقَني آخِرَ التّطْليقاتِ الثّلاثِ، وتزَوّجْتُ عبد الرّحمَنِ بنَ الزُّبَيْرِ، فواللَّه ما وجَدْتُ معه إلاّ مثلَ الهُدْبةِ [1]، فتَبَسَّمَ رسولُ اللَّه ﷺ، وقال: «**لَعَلَّكِ تُريدينَ أنْ ترجِعي إلى رِفاعةَ لا حتّى تَذوقي عُسَيلَتَه [2]، ويَذوقَ عُسَيلَتَكِ**» [3].

(فوجه الاستدلالِ): أنّ تلك المرأةَ ادَّعَتِ العُنّةَ على زَوْجِها، ورسولُ اللَّه ﷺ لم يُثْبِتْ لها الخيارَ، ولو لم يَقَعِ النّكاحُ لازِمًا لا ثبت؛ ولأنّ هذا العيْبَ لا يوجِبُ، فواتَ المُستَحَقِّ بالعقدِ بيَقينٍ، فلا يوجِبُ الخيارَ كسائرِ أنواعِ العُيوبِ بخلافِ الجبِّ، فإنّه يُفَوِّتُ المُستَحَقَّ بالعقدِ بيَقينٍ.

(ولَنا): إجماعُ الصّحابةِ رضي الله عنهم، فإنّه رُوِيَ عن عمرَ رضي الله عنه أنّه قضَى في العِنِّينِ أنّه يُؤَجَّلُ سَنةً، فإنْ قَدَرَ عليها، وإلاّ أخذتْ منه الصّداقَ كامِلًا، وفُرِّقَ بينهما، وعليها العِدّةُ [4]. ورُوِيَ عن عبد الله ابنِ مسعودٍ رضي الله عنه مثلُه [5].

---

(١) الهُدْبة: طرف الثوب، وهو كناية عن ضعفه الجنسي. وقال الخطابي: «إنما أرادت أنه كالهدبة ضعفًا واسترخاءً» انظر الغريب للخطابي (١/ ٥٤٧).

(٢) العُسَيلَةُ في اللغة: النطفة. أو ماء الرجل، أو حلاوة الجماع، تشبيه بالعَسَل للذته. قال أبو عبيد: والعرب تُسمّي كل شيء تستلذُّه عسلًا.

والعسيلة اصطلاحًا: كناية عن الجماع. ونقل ابن حجر عن جمهور العلماء: ذوق العسيلة كناية عن المُجامعة، وهو تَغَيُّبُ حَشَفَةِ الرَّجُل في فرج المرأة. انظر الموسوعة الفقهية (٣٠/ ٩٩).

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الأدب، باب: التبسم والضحك، حديث (٦٠٨٤)، ومسلم، كتاب النكاح، باب: لا تحل المطلقة ثلاثًا لمطلقها حتى تنكح زوجًا غيره ويطأها ثم يفارقها وتنقضي عدتها، حديث (١٤٣٣)، والترمذي، حديث (١١١٨)، والنسائي، حديث (٣٤٠٩)، وابن ماجه، حديث (١٩٣٢) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٤) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، (٧/ ٢٢٦)، برقم (١٤٠٦٧).

(٥) أخرجه البيهقي في «الكبرى»، (٧/ ٢٢٦)، برقم (١٤٠٧٣).

ورُوِيَ عن عَليٍّ رضي الله عنه أنّه قال: يُؤَجَّلُ سَنةً، فإنْ وصل إليها، وإلاَّ فُرِّقَ بينهما [(١)]، وكان قضاؤُهم بمحضَرٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم، ولم يُنْقَلْ أنّه أنْكَرَ عليهم أحدٌ منهم، فيكونُ إجماعًا؛ ولأنّ الوَطْءَ مرّةً واحِدةً مُستَحَقٌّ على الزّوْجِ للمرأةِ بالعقدِ، وفي إلزامِ العقدِ عندَ تقرُّرِ العجْزِ عن الوُصُولِ تفويتُ المُستَحَقِّ بالعقدِ عليها، وهذا ضَرَرٌ بها، وظُلْمٌ في حَقِّها، وقد قال اللّه تعالى: ﴿وَلَا يَظْلِمُ رَبُّكَ أَحَدًا﴾ [الكهف:٤٩].

وقال النّبيُّ ﷺ: «لا ضَرَرَ، ولا ضِرارَ [(٢)] في الإسلام» [(٣)]، فيُؤَدِّي إلى التّناقُضِ، وذلك مُحالٌ؛ لأنّ [(٤)] اللّهَ تعالى أوجب على الزّوْجِ [(٥)] الإمساكَ بالمعروفِ أو التّسريحَ بإحسانٍ [(٦)]، بقولِه تعالى عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة:٢٢٩] ومعلومٌ أنّ استيفاءَ النِّكاحِ عليها مع كونِها محرومةَ الحظِّ من الزّوْجِ ليس من الإمساكِ بالمعروفِ في شيءٍ، فتَعَيّنَ عليه التّسريحُ بالإحسانِ، فإنْ سَرَّحَ بنفسِه، وإلاَّ نابَ القاضي مَنابَه في التّسريحِ؛ ولأنّ المهْرَ عِوَضٌ في عَقْدِ النِّكاحِ، والعجْزُ عن الوُصُولِ إليها يوجِبُ [(٧)] عَيْبًا في العِوَضِ؛ لأنّه يمنَعُ من تَأكُّدِه بيَقينٍ لجوازِ أنْ يختَصِما إلى قاضٍ لا يَرى تَأكُّدَ المهْرِ بالخلْوةِ، فيُطَلِّقُها، ويُعطيها نصفَ المهْرِ، فيتمكّنُ في المهْرِ عَيْبٌ، وهو عَدَمُ التّأكُّدِ بيَقينٍ، والعيْبُ في العِوَضِ يوجِبُ الخيارَ كما في البيْعِ، ولا حُجّةَ لهم في الحديثِ؛ لأنّ تلك المقالةَ منها لم تكُنْ دَعوَى [٢/ ٥٠ب] العُنّةِ بل كانتْ كِنايةً عن معنًى آخَرَ، وهو دِقّةُ [(٨)] القضيبِ، والاعتِبارُ بسائرِ العُيوبِ لا يَصِحُّ؛ لأنّها لا توجِبُ فواتَ المُستَحَقِّ بالعقدِ لما نذكرُ في تلك المسألةِ إنْ شاء اللّه تعالى، وهذا يوجِبُ ظاهرًا وغالبًا؛ لأنّ العجْزَ يتقرَّرُ بعَدَمِ الوُصُولِ في مُدَّةِ السّنةِ ظاهرًا، فيَفوتُ المُستَحَقُّ بالعقدِ ظاهرًا، فبَطَلَ الاعتِبارُ.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، (٣/ ٥٠٣).

(٢) في المخطوط: «إضرار».

(٣) أخرجه ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث (٢٣٤١)، من حديث ابن عباس دون قوله: «في الإسلام» وهو حديث صحيح، وانظر صحيح الجامع (٧٥١٧)، والإرواء (٨٩٦)، والصحيحة (٢٥٠).

(٤) في المخطوط: «ولأن».

(٥) في المخطوط: «الأزواج».

(٦) في المخطوط: «بالإحسان».

(٧) في المخطوط: «وجب».

(٨) في المخطوط: «صغر».

وإذا عُرِفَ هذا، فإذا رفعتِ المرأةُ زَوْجَها، وادَّعَتْ أنّه عِنِّينٌ، وطَلَبَتِ الفُرْقةَ، فإنّ القاضيَ يسألُه هل وصل إليها أو لم يَصِلْ؟ فإنْ أقَرَّ أنّه لم يَصِلْ [إليها] (١) أجَّلَه سَنةً سَواءٌ كانتِ المرأةُ بكْرًا أو ثَيِّبًا، وإنْ أنْكَرَ، وادَّعَى الوُصُولَ إليها، فإنْ كانتِ المرأةُ ثَيِّبًا، فالقولُ قولُه مع يمينِه أنّه وصل إليها؛ لأنّ الثِّيابةَ دليلُ الوُصُولِ في الجُمْلةِ، والمانِعُ من الوُصُولِ من جِهَتِه عارِضٌ إذِ الأصلُ هو السّلامةُ عن العيْبِ، فكان الظّاهرُ شاهِدًا له إلاّ أنّه يُستحلَفُ دَفْعًا للتُّهْمةِ.

وإنْ قالتْ: أنا بكْرٌ، نَظَرَ إليها النِّساءُ وامرأةٌ واحِدةٌ تُجْزي؛ لأنّ البكارةَ بابٌ لا يَطَّلِعُ عليه الرِّجالُ، وشهادةُ النِّساءِ بانفِرادِهِنّ في هذا البابِ مقبولةٌ للضَّرورةِ، وتُقْبَلُ فيه شهادةُ الواحِدةِ كشهادةِ القابِلةِ على الولادةِ؛ ولأنّ الأصلَ حُرْمةُ النّظَرِ إلى العوْرةِ، وهو العزيمةُ لقوله تعالى: ﴿وَقُل لِّلْمُؤْمِنَٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ﴾ [النور:٣١]، وحَقُّ الرّخصةِ يَصيرُ مقضيًّا بالواحِدةِ؛ ولأنّ الأصلَ أنّ ما قُبِلَ قولُ النِّساءِ فيه بانفرادِهِنّ لا يُشْتَرَطُ فيه العدَدُ كروايةِ الإخبارِ عن رسولِ اللّه ﷺ والثِّنْتانِ أوثَقُ؛ لأنّ غَلَبةَ الظّنِّ بخَبَرِ العدَدِ أقوَى، فإنْ قُلْنَ هي ثَيِّبٌ، فالقولُ قولُ الزّوْجِ مع يمينِه لما قلنا، وإنْ قُلْنَ: هي (٢) بكْرٌ، فالقولُ قولُها.

وذكر القاضي في شرحِه «مختصَرَ الطّحاوِيِّ» أنّ القولَ قولُها [من غيرِ يمينٍ] (٣) لأنّ البكارةَ فيها أصلٌ، وقد تفوتُ شهادَتُهُنّ بشهادةِ الأصلِ، وإذا ثبت أنّه لم يَصِلْ إليها إمّا بإقرارِه أو بظُهورِ البكارةِ أجَّلَه القاضي حولاً؛ لأنّه ثبتت عُنّتُه، والعِنِّينُ يُؤَجَّلُ سَنةً لإجماعِ الصّحابةِ على ذلك؛ ولأنّ عَدَمَ الوُصُولِ قبلَ التّأجيلِ يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ للعَجْزِ عن الوُصُولِ، ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ لبُغْضِه إيّاها مع القُدْرةِ على الوُصُولِ، فيُؤَجَّلُ حتّى لو كان عَدَمُ الوُصُولِ للبُغْضِ يَطَؤُها في المُدَّةِ ظاهرًا، وغالِبًا دَفْعًا للعارِ، والشّينِ عن نفسِه، وإنْ لم يَطَأْها حتّى مَضَتِ المُدَّةُ يُعلَمُ أنّ عَدَمَ الوُصُولِ كان للعَجْزِ.

وأمّا التّأجيلُ سَنةً؛ فلأنّ العجزَ عن الوُصُولِ يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ خِلْقةً، ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ من داءٍ أو طَبيعةٍ غالِبةٍ من الحرارةِ أو البُرودةِ أو الرّطوبةِ أو اليُبوسةِ، والسّنةُ مشتَمِلةٌ على الفُصُولِ الأربعةِ، والفُصُولُ الأربعةُ [مشتَمِلةٌ على الطّبائعِ الأربعِ] (٤)، فيُؤَجَّلُ سَنةً لما

---

(١) زيادة من المخطوط.
(٢) في المخطوط: «إنها».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.

عَسَى أنْ يوافِقَه بعضُ فُصُولِ السّنةِ، فيزولَ المانِعُ، ويقدِرُ على الوُصُولِ.

ورُوِيَ عن عبدِ اللَّه بنِ نَوْفَلٍ أنّه قال: يُؤَجَّلُ عَشْرةَ أشهُرٍ [(١)]، وهذا القولُ مُخالِفٌ لإجماعِ الصّحابةِ رضي الله عنهم، فإنّهم أجّلوا العِنِّينَ سَنةً، وقد اختلف النّاسُ في عبدِ اللَّه بنِ نَوْفَلٍ أنّه صَحابيٌّ أو تابِعيٌّ، فلا يقدَحُ خلافُه في الإجماعِ مع الاحتِمالِ؛ ولأنّ التّأجيلَ سَنةً لرَجاءِ الوُصُولِ في الفُصُولِ الأربعةِ، ولا تكمُلُ الفُصُولُ إلاّ في سَنةٍ تامّةٍ، ثمّ يُؤَجّلُ سَنةً شَمْسيّةً بالأيّامِ أو قَمريّةً بالأهِلَّةِ ذكر القاضي في شرحِه مختصَرَ الطّحاوِيِّ أنّ في ظاهرِ الرِّوايةِ يُؤَجّلُ سَنةً قَمريّةً بالأهِلَّةِ قال: ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ أنّه يُؤَجّلُ سَنةً شَمْسيّةً.

وحَكَى الكَرْخيُّ عن أصحابِنا أنّهم قالوا: يُؤَجّلُ سَنةً شَمْسيّةً، ولم يذكرِ الخلافَ.

(وجه هذا القولِ، وهو روايةُ الحسَنِ عن أبي حنيفةَ): أنّ الفُصُولَ الأربعةَ لا تكمُلُ إلاّ بالسّنةِ الشّمسيّةِ؛ لأنّها تَزيدُ على القمريّةِ بأيّامٍ، فيُحْتَمَلُ زَوالُ العارِضِ في المُدّةِ التي بين الشّمسيّةِ، والقمريّةِ، فكان التّأجيلُ بالسّنةِ الشّمسيّةِ أولى، ولِظاهرِ الرِّوايةِ الكتابُ والسّنّةُ.

أمّا الكتابُ: فقولُه تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ﴾ [البقرة:١٨٩] جعل اللَّه عَزَّ وجَلَّ بفَضْلِه، ورَحمتِه الهلالَ مُعَرِّفًا للخَلْقِ الأجَلَ والأوقاتَ والمُدَدَ ومُعَرِّفًا وقتَ الحجِّ؛ لأنّه لو جعل معرِفةَ ذلك بالأيّامِ لاشتَدَّ حِسابُ ذلك عليهم، ولَتَعَذَّرَ عليهم معرِفةُ السِّنينَ والشُّهورِ والأيّامِ.

وامّا السنّةُ: فما رُوِيَ أنّ النّبيّ ﷺ خطَبَ في الموسِمِ. وقال ﷺ في خُطْبَتِه: «**ألا إنّ الزّمانَ قد استَدارَ كهيئَتِه يومَ خَلَقَ اللَّه السّمواتِ والأرضَ، السّنةُ اثنا عشرَ شهرًا أربعةٌ حُرُمٌ ثلاثٌ مُتواليِاتٌ ذو القعدةِ وذو الحِجّةِ والمُحرّمُ ورَجَبُ مُضرَ الذي بين جُمادَى، وشَعبانَ [ثلاثةٌ سَرْدٌ، وواحِدٌ فردٌ]** [(٢)]» [(٣)]، والشهرُ في اللُّغةِ اسمٌ للهلالِ يُقالُ رأيتُ الشهرَ أي: رأيتُ الهلالَ، وقيلَ: سُمِّيَ الشهرُ شهرًا لشُهْرَتِه، والشُّهْرةُ للهلالِ، فكان تَأجيلُ الصّحابةِ رضي الله

---

(١) لم أقف عليه. (٢) ليست في المخطوط.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب بدء الخلق، باب: ما جاء في سبع أرضين، حديث (٣١٩٧)، ومسلم، كتاب القسامة والمحاربين. . .، باب: تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، حديث (١٦٧٩)، وأبو داود، حديث (١٩٤٧) من حديث أبي بكرة وليس فيه: «ثلاثة سَرْد وواحد فرد».

عنهم العِنِّينَ سَنةً، والسّنةُ اثْنا عشرَ شهرًا، والشهرُ اسمٌ للهلالِ تأجيلاً [للهلاليّةِ] (١)، وهي السّنةُ القمريّةُ ضرورةً، وأوّلُ السّنةِ حينَ يترافَعانِ، ولا يُحْسَبُ (٢) على الزّوْجِ ما قبلَ ذلك لما رُوِيَ أنّ عمرَ رضي الله عنه كتب إلى شُرَيْحٍ أنْ يُؤَجِّلَ العِنِّينَ سَنةً من يومِ يَرْتفِعُ إليه (٣) لما (٤) ذكرنا أنّ عَدَمَ الوُصُولِ قبلَ التّأجيلِ يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ للعَجْزِ، ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ لكَراهَتِه إيّاها مع القُدْرةِ على الوُصُولِ، فإذا أجّلَه الحاكِمُ، فالظّاهِرُ أنّه لا يمتَنِعُ عن وطْئها إلاّ لعَجْزِه خَشْيةَ العارِ والشّينِ فإذا أُجِّلَ سَنةً، فشهرُ رمضانَ وأيّامُ الحيضِ تُحْسَبُ (٥) عليه، ولا يُجْعَلُ له مكانُها؛ لأنّ الصّحابةَ رضي الله عنهم أجّلوا العِنِّينَ سَنةً واحِدةً مع علمِهم بأنّ السّنةَ لا تخلو عن شهرِ رمضانَ، ومن زَمانِ الحيضِ فلو لم يكنْ ذلك محسوبًا من المُدَّةِ؛ لأجّلوا زيادةً على السّنةِ (٦).

ولو مرِضَ الزّوْجُ في المُدَّةِ مرَضًا لا يستَطيعُ معه الجِماعَ أو مرِضَتْ هي، فإنِ استَوْعَبَ المرَضُ السّنةَ كُلَّها يُستَأنَفُ له سَنةٌ أُخرى، وإنْ لم يستَوْعِبْ، فقد رَوَى ابنُ سِماعةَ عن أبي يوسفَ أنّ المرَضَ إنْ كان (نصفَ شهرٍ أو أقلَّ) (٧) احتُسِبَ عليه، وإنْ كان أكثرَ من نصفِ شهرٍ لم يُحْتَسَبْ عليه بهذه الأيّامِ، وجُعِلَ له مَكانها، وكذلك الغيْبةُ.

[ورَوَى ابنُ سِماعةَ عنه روايةً أُخرى: أنّه إذا صَحَّ في السّنةِ يومًا أو يومَيْنِ أو صَحَّتْ هي احتُسِبَ عليه بالسّنةِ] (٨).

ورَوَى ابنُ سِماعةَ عن محمّدٍ أنّ المرَضَ إذا كان أقَلَّ من شهرٍ يُحْتَسَبُ [به] (٩) عليه، وإنْ كان شهرًا فصاعِدًا لا يُحْتَسَبُ عليه بأيّام المرَضِ، ويُجْعَلُ له مكانُها، والأصلُ في هذا أنّ قَليلَ المرَضِ مِمَّا لا يُمْكِنُ اعتِبارُه؛ لأنّ الإنسانَ لا يخلو عن ذلك عادةً، ويُمْكِنُ اعتِبارُ الكثيرِ، فجعلَ أبو يوسفَ على إحدى الرّوايتيْنِ، وهي الرّوايةُ الصّحيحةُ عنه (نصفَ الشهرِ، وما دونَه) (١٠) قَليلاً، والأكثرَ من النّصفِ كثيرًا استدلالاً بشهرِ رمضانَ، فإنّه محسوبٌ عليه.

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «يحتسب».
(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «مصنفه»، (٣/ ٥٠٤).
(٤) في المخطوط: «ولما».
(٥) في المخطوط: «محتسبة».
(٦) في المخطوط: «سنة».
(٧) في المخطوط: «أقل من نصف شهر».
(٨) ليست في المخطوط.
(٩) زيادة من المخطوط..
(١٠) في المخطوط: «ما دون نصف الشهر».

ومعلومٌ أنّه إنّما يقدِرُ على الوَطْءِ في اللَّيالي دونَ النّهارِ، واللَّيالي دونَ النّهارِ [١] تكونُ نصفَ شهرٍ وكان ذلك دليلاً على أنّ المانِعَ إذا كان نصفَ شهرٍ، فما دونَه يُعتَدُّ به، وهذا الاستدلال يوجِبُ الاعتِدادَ بالنّصفِ، فما دونَه إمَّا لا يَنْفي الاعتِدادَ بما فوقَه، وإمَّا على الرِّوايةِ الأُخرى، فنقول [٢]: إنّه لَمَّا صَحَّ زَمانًا يُمْكِنُ الوَطْءُ فيه، فإذا لم يَطَأها، فالتَّقْصيرُ جاء من قِبَلِه، فيُجْعَلُ كأنّه صَحَّ جميعَ السّنةِ بخلافِ ما إذا مرِضَ جميعَ السّنةِ؛ لأنّه لم يَجِدْ زَمانًا يتمكّنُ من الوَطْءِ فيه، فتَعَذَّرَ الاعتِدادُ بالسّنةِ في حَقِّه، ومحمّدٌ جعل ما دونَ الشهرِ قَليلاً، والشهرَ فصاعِدًا كثيرًا؛ لأنّ الشهرَ أدنَى الآجِلِ، وأقصَى العاجِلِ، فكان في حكمِ الكثيرِ، وما دونَه في حكمِ القليلِ.

وقال ابو يوسف: إنْ حَجَّتِ المرأةُ حَجَّةَ الإسلامِ بعدَ التّأجيلِ لم يُحْتَسَبْ على الزّوْجِ مُدَّةَ الحجِّ؛ لأنّه لا يقدِرُ على مَنْعِها من حَجَّةِ الإسلامِ شرعًا، فلم يتمكّنْ من الوَطْءِ فيها شرعًا، وإنْ حَجَّ الزّوْجُ احتُسِبَتِ المُدَّةُ عليه؛ لأنّه يقدِرُ على أنْ يُخرِجَها مع نفسِه أو يُؤَخِّرَ الحجَّ؛ لأنّ جميعَ العُمُرِ وقتُه.

وقال محمد: إنْ خاصَمَتْه، وهو مُحْرِمٌ يُؤَجَّلُ سَنةً بعدَ الإحلالِ؛ لأنّه لا يتمكّنُ من الوَطْءِ شرعًا مع الإحرامِ، فتُبْتَدَأُ المُدَّةُ من وقتٍ يُمْكِنُه الوَطْءُ فيه شرعًا، وهو ما بعدَ الإحلالِ، وإنْ خاصَمَتْه، وهو مُظاهِرٌ، فإنْ كان يقدِرُ على الإعتاقِ أُجِّلَ سَنةً من حينِ الخصُومةِ (إلاَّ أنّه) [٣] إذا كان قادِرًا على الإعتاقِ كان قادِرًا على الوَطْءِ بتقديمِ الإعتاقِ كالمُحْدِثِ قادِرٌ على الصّلاةِ بتقديمِ الطّهارةِ، وإنْ كان لا يقدِرُ على ذلك [أُجِّلَ] [٤] أربعةَ عشرَ شهرًا؛ لأنّه يحتاجُ إلى تقديمِ صومِ شهرَيْنِ، ولا يُمْكِنُه الوَطْءُ فيهما، فلا يُعتَدُّ بهما من الأجَلِ، ثمّ يُمْكِنُه الوَطْءُ بعدَهما، فإنْ أُجِّلَ سَنةً، وليس بمُظاهِرٍ، ثمّ ظاهَرَ في السّنةِ لم يزِدْ على المُدَّةِ بشيءٍ؛ لأنّه كان يقدِرُ على تركِ الظِّهارِ، فلَمَّا ظاهَرَ، فقد مَنَعَ نفسَه من الوَطْءِ باختيارِه، فلا يجوزُ إسقاطُ حَقِّ المرأةِ، وإنْ كانتِ امرأةُ العِنِّينِ رَتْقاءَ أو قَرْناءَ؛ لا يُؤَجَّلُ؛ لأنّه لا حَقَّ للمرأةِ في الوَطْءِ لوُجودِ المانِعِ من الوَطْءِ، فلا معنى للتّأجيلِ.

وإنْ كان الزّوْجُ صَغيرًا لا يُجامِعُ مثلُه، والمرأةُ كبيرةٌ، ولم تَعلم المرأةُ، فطالَبَتْ

---

(١) في المخطوط: «النُهر».
(٢) في المخطوط: «يقول».
(٣) في المخطوط: «لأنه».
(٤) ليست في المخطوط.

بالتَّأجيلِ لا يُؤَجَّلُ بل يُنْتَظَرُ إلى أنْ يُدْرِكَ، فإذا أدركَ يُؤَجَّلُ سَنةً؛ لأنّه إذا كان لا يُجامعُ لا يُفيدُ التّأجيلُ، ولأنّ حكمَ التّأجيلِ إذا لم يَصِلْ إليها في المُدَّةِ هو ثُبوتُ خيارِ الفُرْقةِ، وفُرْقةُ العِنِّينِ طَلاقٌ، والصّبيُّ لا يملِكُ الطّلاقَ؛ ولأنّ للصّبيِّ [١] زمانًا يوجَدُ منه [٢/٥١ب] الوَطْءُ فيه ظاهرًا وغالبًا، وهو ما بعدَ البُلوغِ، فلا يُؤَجَّلُ للحالِ.

وإنْ كان الزّوْجُ كبيرًا مجنونًا، فوَجَدَتْه عِنِّينًا، قالوا: إنّه لا يُؤَجَّلُ كذا ذكر الكَرْخيُّ؛ لأنّ التّأجيلَ للتّفْريقِ عندَ عَدَمِ الدُّخولِ [٢]، وفُرْقةُ العِنِّينِ طَلاقٌ، والمجنونُ لا يملِكُ الطّلاقَ. وذكر القاضي في شرحِه مختصَرَ الطّحاويِّ أنّه يُنْتَظَرُ حولاً، ولا يُنْتَظَرُ إلى إفاقتِه بخلافِ الصّبيِّ؛ لأنّ الصِّغَرَ مانِعٌ من الوُصولِ، فيُستَأنى إلى أنْ يزولَ الصِّغَرُ، ثمّ يُؤَجَّلُ سَنةً. فأمّا الجُنونُ، فلا يمنَعُ الوُصولَ؛ لأنّ المجنونَ يُجامعُ، فيُؤَجَّلُ للحالِ، والصّحيحُ ما ذكره الكَرْخيُّ أنّه لا يُؤَجَّلُ أصلاً لما ذكرنا.

وإذا مَضى أجَلُ العِنِّينِ، فسأل القاضيَ أنْ يُؤَجِّلَه سَنةً أُخرى لم يَفْعَلْ إلاّ برِضا المرأةِ؛ لأنّه قد ثبت لها حَقُّ التّفريقِ، وفي التّأجيلِ تَأخيرُ حَقِّها، فلا يجوزُ من غيرِ رِضاها، ثمّ إذا أُجِّلَ العِنِّينُ سَنةً، وتَمّتِ المُدَّةُ، فإنِ اتَّفَقا على أنّه قد وصل إليها، فهي زَوْجَتُه، ولا خيارَ لها، وإنِ اختلفا، وادَّعَتِ المرأةُ أنّه لم يَصِلْ إليها، وادَّعى الزّوْجُ الوُصولَ، فإنْ كانتِ المرأةُ ثَيِّبًا، فالقولُ قولُه مع يمينِه لما قلنا، وإنْ كانتْ بكْرًا نَظَرَ إليها النِّساءُ، فإنْ قُلْنَ هي بكْرٌ، فالقولُ قولُها، وإنْ قُلْنَ هي ثَيِّبٌ؛ فالقولُ قولُه لما ذكرنا وإنْ وقَعَ للنِّساءِ شَكٌّ في أمرِها، فإنّها تُمْتَحَنُ.

واختلف المشايخُ في طَريقِ الامتِحانِ قال بعضُهم: تُؤْمرُ بأنْ تبولَ على الجِدارِ، فإنْ أمكنَها بأنْ ترميَ ببَوْلِها على الجِدارِ، فهي بكْرٌ، وإلاّ فهي ثَيِّبٌ. وقال بعضُهم: تُمْتَحَنُ ببَيْضةِ الدِّيكِ، فإنْ وسِعَتْ فيها، فهي ثَيِّبٌ، وإنْ لم تَسَع فيها، فهي بكْرٌ، وإذا ثبت أنّه لم يَطَأْها إمّا باعتِرافِه، وإمّا بظُهورِ البكارةِ، فإنّ القاضيَ يُخَيِّرُها، فإنّ [٣] الصّحابةَ رضي الله عنهم خيّروا امرأةَ العِنِّينِ، ولَنا فيهم قُدْوةٌ، فإنْ شاءتِ اختارَتِ الفُرْقةَ، وإنْ شاءتِ اختارَتِ الزّوْجَ إذا استُجْمِعَتْ [٤] شَرائطُ ثُبوتِ الخيارِ،

---

(١) في المخطوط: «للعنين».
(٢) في المخطوط: «الوصول».
(٣) في المخطوط: «لأن».
(٤) في المخطوط: «اجتمعت».

فيَقَعُ الكلامُ في الخيارِ في مواضعَ: في بيانِ شَرائطِ ثُبوتِ الخيارِ، وفي [بيانِ][1] حكمِ الخيارِ، وفي بيانِ ما يُبْطِلُه.

فصل[في شرائط الخيار]

أمَّا شَرائطُ الخيارِ:

فمنها عَدَمُ الوُصُولِ إلى هذه المرأةِ أصلاً ورأسًا في هذا النِّكاحِ حتّى لو وصل إليها مرّةً واحِدةً، فلا خيارَ لها؛ لأنّه وصل إليها حَقُّها بالوَطْءِ مرّةً واحِدةً، والخيارُ لتفويتِ[2] الحقِّ المُستَحَقِّ، ولم يوجَدْ، فإنْ وصل إلى غيرِ امرأتِه التي أُجِّلَ لها، وكان وصل إلى غيرِها قبلَ أنْ تُرافِعَه، فوُصُولُه إلى غيرِها لا يُبْطِلُ حَقَّها في التّأجيلِ والخيارِ؛ لأنّه لم يَصِلْ إليها حَقُّها، فكان لها التّأجيلُ، والخيارُ ومنها أنْ لا تكونَ عالِمةً بالعيْبِ وقتَ النِّكاحِ حتّى لو تَزَوّجَتْ، وهي تَعلَمُ أنّه عِنِّينٌ، فلا خيارَ لها؛ لأنّها إذا كانتْ عالِمةً بالعيْبِ لَدَى التّزْويجِ، فقد رَضيَتْ بالعيْبِ كالمشتَري إذا كان عالِمًا بالعيْبِ عندَ البيْعِ، والرِّضا بالعيْبِ يمنَعُ الرّدَّ كما في البيْعِ وغيرِه.

فإنْ تَزَوّجَتْ، وهي لا تَعلَمُ، فوَصَلَ إليها مرّةً، ثمّ عُنّ، ففارَقَتْه، ثمّ تَزَوّجَتْه بعدَ ذلك، فلم يَصِلْ إليها، فلَها الخيارُ؛ لأنّ العجْزَ لم يتحَقَّقْ، فلم تَكُنْ راضيةً بالعيْبِ، والوُصُولُ في أحدِ العقدَيْنِ لا يُبْطِلُ حَقَّها في العقدِ الثّاني، فإنْ أجّلَه القاضي، فلم يَصِلْ ففرَّقَ بينهما، ثمّ تَزَوّجَها، فلا خيارَ لها؛ لأنّ العيْبَ قد تقرَّرَ بعَدَمِ[3] الوُصُولِ في المُدّةِ، فتقرَّرَ العجْزُ، فكان التّزَوُّجُ[4] بعدَ استِقْرارِ العيْبِ، والعلمِ به دليلَ الرِّضا بالعيْبِ.

فصل [في الخيار بين الزوجين]

وأمَّا حكمُ الخيارِ، فهو تخييرُ المرأةِ بين الفُرْقةِ، وبين النِّكاحِ، فإنْ شاءتِ اختارَتِ الفُرْقةَ، وإنْ شاءتِ اختارَتِ الزّوْجَ، فإنِ اختارَتِ المُقام مع الزّوْجِ؛ بَطَلَ حَقُّها. ولم يكنْ لها خُصُومةٌ في هذا النِّكاحِ أبَدًا لما ذكرنا أنّها رَضيَتْ بالعيْبِ، فسَقَطَ خيارُها، وإنِ اختارَتِ الفُرْقةَ، فرّقَ القاضي بينهما كذا ذكره الكَرْخيُّ، ولم يذكرِ الخلافَ، وظاهرُ هذا

---

(١) ليست في المخطوط.
(٢) في المخطوط: «بتفويت».
(٣) في المخطوط: «العدم».
(٤) في المخطوط: «التزويج».

الكلامِ يقتضي أنّه لا تقعُ الفُرْقةُ بنفسِ الاختيارِ.

وذكر القاضي في شرحِه مختصَرَ الطّحاوِيِّ أنّه تقعُ الفُرْقةُ بنفسِ الاختيارِ في ظاهرِ الرِّوايةِ، ولا يحتاجُ إلى القضاءِ كخيارِ المُعتقةِ، وخيارِ المُخيّرةِ، ورَوَى الحسَنُ عن أبي حنيفةَ أنّه لا تقعُ الفُرْقةُ ما لم يقُلِ القاضي: فرَّقْتُ بينكُما، وجعله بمنزلةِ خيارِ البُلوغِ هكذا ذكر وذُكِرَ في بعضِ المواضعَ أنّ في قولِ أبي حنيفةَ ما رَوَى الحسَنُ عنه [وما ذكره الحسَنُ عنه] (١)، وما ذُكِرَ في ظاهرِ الرِّوايةِ قولُهما.

(وجه روايةِ الحسَنِ): أنّ هذه الفُرْقةَ فُرْقةٌ بطلاق بلا خلافٍ بين أصحابِنا، وإنّما المُخالِفُ فيه الشّافعيُّ، فإنّها فسخٌ عندَه، والمسألةُ إنْ شاء اللّه تعالى تأتي في موضِعها من هذا الكتابِ. والمرأةُ لا تَمْلِكُ الطّلاقَ، وإنّما يملِكُه الزّوْجُ إلاّ أنّ القاضيَ [٢/ ٥٢أ] يقومُ مَقام الزّوْجِ؛ ولأنّ هذه الفُرْقةَ يختَصُّ بسببِها القاضي، وهو التّأجيلُ؛ لأنّ التّأجيلَ لا يكونُ إلاّ من القاضي، فكذا الفُرْقةَ المُتعَلِّقةَ به كفُرْقةِ اللِّعانِ.

(وجه المذكورِ في ظاهرِ الروايةِ): أنّ تخييرَ المرأةِ من القاضي تفويضُ الطّلاقِ إليها، فكان اختيارُها الفُرْقةَ تفريقًا من القاضي من حيث المعنى لا منها، والقاضي يملِكُ ذلك لقيامِه مَقام الزّوْجِ، وهذه الفُرْقةُ تَطْليقةٌ بائنةٌ؛ لأنّ الغرَضَ من هذا التّفْريقِ تخليصُها من زَوْجٍ لا يُتوقَّعُ منه إيفاءُ حَقِّها دَفْعًا للظُّلْمِ والضّررِ عنها، وذا لا يحصُلُ إلاّ بالبائنِ؛ لأنّه لو كان رَجْعيًّا يُراجِعُها الزّوْجُ من غيرِ رِضاها، فيُحْتاجُ إلى التّفْريقِ ثانيًا وثالثًا، فلا يُفيدُ التّفْريقُ فائدَتَه، ولها المهْرُ كامِلاً، وعليها العِدَّةُ بالإجماعِ إنْ كان الزّوْجُ قد خَلا بها، وإنْ كان لم يخلُ بها، فلا عِدَّةَ عليها، ولها نصفُ المهْرِ إنْ كان مُسَمًّى، والمُتْعةُ إنْ لم يكنْ مُسَمًّى.

وإذا فرّقَ القاضي بالعُنّةِ، ووَجَبَتِ العِدَّةُ، فجاءتْ بوَلَدٍ ما بينها وبين سَنَتَيْنِ لَزِمَه الوَلَدُ؛ لأنّ المُعتَدَّةَ إذا جاءتْ بوَلَدٍ من وقتِ الطّلاقِ إلى سَنَتَيْنِ ثبت النّسَبُ؛ لأنّ الحكمَ بوُجوبِ العِدَّةِ حكمٌ بشُغْلِ الرّحِمِ، وشَغْلُ الرّحِمِ يمتَدُّ إلى سَنَتَيْنِ عندَنا، فيَثْبُتُ النّسَبُ إلى سَنَتَيْنِ، فإنْ قال الزّوْجُ: كُنْتُ قد وصَلْتُ إليها، فإنّ أبا يوسفَ قال: يُبْطِلُ الحاكِمُ الفُرْقةَ، وكَفى بالوَلَدِ شاهِدًا.

---

(١) ليست في المخطوط.

ومعنى هذا الكلامِ أنّه لَمَّا ثبت النّسَبُ، فقد ثبت الدُّخولُ، وأنّه يوجِبُ إبطالَ [١] الفُرْقةِ؛ ولأنّه لو شهِدَ شاهِدانِ بالدُّخولِ بعدَ تفريقِ القاضي لا يُبْطِلُ الفُرْقةَ. وكذا هذا، وكذا [٢] إذا ثبت النّسَبُ؛ لأنّ شهادةَ النّسَبِ على الدُّخولِ أقوَى من شهادةِ شاهِدَيْنِ عليه، وكذلك لو فرّقَ القاضي بينها، وبين المجبوبِ، فجاءتْ بوَلَدٍ بينها وبين سَنَتَيْنِ ثبت نَسَبُه؛ لأنّ خَلْوةَ المجبوبِ توجِبُ العِدَّةَ، والنّسَبُ يَثْبُتُ من المجبوبِ إلاّ أنّه لا تَبْطُلُ الفُرْقةُ ههنا؛ لأنّ ثُبوتَ النّسَبِ (من) [٣] المجبوبِ لا يَدُلُّ على الدُّخولِ؛ لأنّه لا يُتَصَوّرُ منه حقيقةً، وإنّما يقذِفُ [٤] بالماءِ، فكان العُلوقُ بقَذْفِ الماءِ، فإذا (لم يَثْبُتِ) [٥] الدُّخولُ لم تَثْبُتِ الفُرْقةُ، فإنْ فرّقَ بالعُنّةِ، [فإنْ] [٦] أقام [٧] الزّوْجُ البيّنةَ على إقرارِ المرأةِ قبلَ الفُرْقةِ أنّه قد وصل إليها أبطَلَ الفُرْقةَ؛ لأنّ الشّهادةَ على إقرارِها بمنزلةِ إقرارِها عندَ القاضي. ولو كانتْ أقَرّتْ قبلَ التّفريقِ لم يَثْبُتْ حكمُ الفُرْقةِ. وكذا إذا شهِدَ على إقرارِها بأنْ أقَرّتْ بعدَ الفُرْقةِ أنّه كان وصل إليها قبلَ الفُرْقةِ لم تَبْطُلِ الفُرْقةُ؛ لأنّ إقرارَها تَضَمَّنَ إبطالَ قضاءِ القاضي، فلا تُصَدَّقُ على القاضي في إبطالِ قضائه، فلا تُقْبَلُ وإنْ كان زَوْجُ الأمةِ عِنّينًا، فالخيارُ في ذلك إلى المولى عندَ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وقال محمّدٌ [٨] الخيارُ (إلى الأمةِ) [٩].

(وجه قوله): أنّ الخيارَ إنّما يَثْبُتُ لفَواتِ الوَطْءِ، وذلك حَقُّ الأمةِ، فكان الخيارُ إليها كالحُرّةِ، ولهما [١٠] أنّ المقصودَ من الوَطْءِ هو الوَلَدُ، والوَلَدُ مِلْكُ المولى وحْدَه؛ ولأنّ اختيارَ الفُرْقةِ أو المُقامِ مع الزّوْجِ تَصَرُّفٌ منها على نفسِها، ونفسُها بجميعِ أجزائها مِلْكُ المولى، فكان ولايةُ التّصَرُّفِ له.

فصل [في بيان ما يبطل به الخيار]

وأمّا بيانُ ما يَبْطُلُ به الخيارُ: فما يَبْطُلُ به الخيارُ نوعانِ: نَصٌّ، ودَلالةٌ:

فالنّصُّ: هو التّصْريحُ بإسقاطِ الخيارِ، وما يَجْري مجراه نحوَ أنْ تقولَ أسقَطْتُ الخيارَ

---

(١) في المخطوط: «بطلان».
(٢) في المخطوط: «فكذا».
(٣) في المخطوط: «في».
(٤) في المخطوط: «يزقُّ».
(٥) في المخطوط: «لا تبطل».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «فأقام».
(٨) في المخطوط: «زفر».
(٩) في المخطوط: «للأمة».
(١٠) في المطبوع: «ولها».

أو رَضيتُ بالنّكاحِ أو اخترتُ الزّوْجَ ونحوَ ذلك سَواءٌ كان ذلك بعدَ تخييرِ القاضي أو قبلَه، والدّلالةُ هي أنْ تفعَلَ ما يَدُلُّ على الرِّضا بالمُقامِ مع الزّوْجِ بأنْ خَيّرَها القاضي. فأقامتْ مع الزّوْجِ مُطاوِعةً له في المضْجَعِ [١]، وغيرِ ذلك؛ لأنّ ذلك دليلُ الرِّضا بالنّكاحِ، والمُقامِ مع الزّوْجِ، ولو فعلتْ ذلك بعدَ مُضيِّ الأجَلِ قبلَ تخييرِ القاضي لم يكنْ ذلك رِضًا؛ لأنّ إقامتَها معه بعدَ المُدَّةِ قد تكونُ [٢] لاختيارِه، وقد تكونُ [٣] للاختيارِ بحالِه، فلا تكونُ دليلَ الرِّضا مع الاحتِمالِ.

وهل يَبْطُلُ خيارُها بالقيامِ عن المجلسِ؟.

ذكر الكَرْخيُّ أنّ ابنَ سِماعةَ وبِشْرًا قالا عن أبي يوسفَ: إذا خَيّرَها الحاكِمُ، فأقامتْ معه أو قامتْ من مجلسِها قبلَ أنْ تختارَ أو قام الحاكِمُ أو أقامها عن مجلسِها بعضُ أعوانِ القاضي، ولم تقُلْ شيئًا، فلا خيارَ لها، وهذا يَدُلُّ على أنّ خيارَها يتقَيّدُ بالمجلسِ، وهو مجلسُ التّخييرِ، ولم يذكرِ الخلافَ.

وذكر القاضي في شرحِه مختصَرَ الطّحاوِيِّ أنّه لا يُقْتَصَرُ على المجلسِ في ظاهرِ الرِّوايةِ. ورُوِيَ عن أبي يوسفَ، ومحمّدٍ أنّهما قالا: يُقْتَصَرُ على المجلسِ كخيارِ المُخَيّرةِ.

(وجه ما رُوِيَ [٢/٥٢ب] عن أبي يوسف ومحمد): أنّ تخييرَ القاضي ههنا قائمٌ مَقام تخييرِ الزّوْجِ، ثمّ خيارُ المُخَيّرةِ بتخييرِ الزّوْجِ يَبْطُلُ بقيامِها عن المجلسِ، فكذا خيارُ هذه. وكذا إذا قام الحاكِمُ عن المجلسِ قبلَ أنْ تختارَ؛ لأنّ مجلسَ التّخييرِ قد بَطَلَ [٤] بقيامِ الحاكِمِ. وكذا إذا أقامها عن مجلسِها بعضُ أعوانِ القاضي قبلَ الاختيارِ؛ لأنّها كانتْ قادِرةً على الاختيارِ قبلَ الإقامةِ، فدَلَّ امتِناعُها مع القُدْرةِ على الرِّضا بالنّكاحِ.

(وجه ظاهرِ الرِّوايةِ، وهو الفرقُ بين هذا الخيارِ وبين خيارِ المُخَيّرةِ): أنّ خيارَ المُخَيّرةِ إنّما اقتَصَرَ على المجلسِ؛ لأنّ الزّوْجَ بالتّخييرِ مَلّكَها الطّلاقَ إذِ المالِكُ للشَّيْءِ هو الذي يتصَرَّفُ فيه باختيارِه ومَشيئَتِه، فكان التّخييرُ من الزّوْجِ تَمْليكًا للطّلاقِ، وجوابُ التّمليكِ يقتصِرُ على المجلسِ؛ لأنّ المُمَلِّكَ يَطْلُبُ جوابَ التّمليكِ في المجلسِ عادةً، ولِهذا يقتصِرُ القبولُ على المجلسِ في البيْعِ كذا ههنا، والتّخييرُ من القاضي تفوِيضُ الطّلاقِ،

---

(١) في المخطوط: «المضاجعة».
(٢) في المخطوط: «يكون».
(٣) في المخطوط: «يكون».
(٤) في المخطوط: «يبطل».

وليس بتَمْليكٍ؛ لأنّه لا يملِكُ الطّلاقَ بنفسِه؛ لأنّ الزّوْجَ ما مَلّكَه الطّلاقَ، وإنّما فوّضَ إليه التّطْليقَ، ووَلاّه ذلك، فيَلِيَ التّفْوِيضَ لا التّمليكَ، وإذا لم يملِكْ بنفسِه، فكيفَ يملِكُه من غيرِه، فهو الفرقُ بين التّخييرَيْنِ، واللهُ أعلَمُ.

والمُؤَخَّذُ والخصيُّ في جميعِ ما وصَفْنا مثلُ العِنِّينِ لوُجودِ الآلةِ في حَقِّهِما، فكانا كالعِنِّينِ، وكذلك الخنثَى. وأمَّا المجبوبُ، فإنّه إذا عُرِفَ أنّه مجبوبٌ إمَّا بإقرارِه أو بالمسِّ، فوقَ الإزارِ، فإنْ كانتِ المرأةُ عالِمةً بذلك وقتَ النّكاحِ، فلا خيارَ لها لرِضاها بذلك، وإنْ لم تَكُنْ عالِمةً [١] به؛ فإنّها تُخَيّرُ للحالِ، ولا يُؤَجَّلُ حولاً؛ لأنّ التّأجيلَ لرَجاءِ الوُصُولِ، ولا يُرْجَى منه الوُصُولُ، فلم يكنِ التّأجيلُ مُفيدًا، فلا يُؤَجَّلُ، وإنِ [٢] اختارَتِ الفُرْقةَ، وفَرَّقَ القاضي بينهما أو لم يُفَرِّقْ على الاختِلافِ الذي ذكرنا، فلَها [كمالُ] [٣] المهْرِ، وعليها كمالُ العِدَّةِ إنْ كان قد خَلا بها في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَهما لها نصفُ المهْرِ، وعليها كمالُ العِدَّةِ، وإنْ كان لم يخلُ بها، فلَها نصفُ المهْرِ، ولا عِدَّةَ عليها بالإجماعِ، وقد ذكرنا ذلك فيما تقَدَّمَ.

فصل [فيما سوى العيوب الخمسة]

وأمَّا خُلوُّ الزّوْجِ عَمَّا سِوَى هذه العُيوبِ [الخمسةِ] [٤] من الجَبِّ [٥]، والعُنّةِ [٦] والتّأَخُّذِ والخِصاءِ [٧] والخنوثةِ [٨]، فهل هو شرطُ لُزومِ النّكاحِ؟.

---

(١) في المخطوط: «علمت».

(٢) في المخطوط: «وإذا».

(٣) ليست في المخطوط.

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) الْجَبُّ لُغَةً: الْقَطْعُ، ومنه الْمَجْبُوبُ، وهو الذي استؤصل ذَكَرُهُ وخصيتاه. والجبُّ في اصطلاح الفقهاء: قطع الذكر كله أو بعضه بحيث لا يبقى منه ما يتأتى به الوطء، انظر الموسوعة الفقهية (٢٥/ ٩٩).

(٦) الْعُنَّةُ: عدم القدرة على إتيان النساء مع وجود الآلة، والفرق بين الجب والعنة ظاهر فإن عدم إتيان النساء في الجب يكون لقطع المذاكير، والعجز عن إتيان الزوجة في العنة يكون لداء يمنع من الانتشار. انظر الموسوعة الفقهية (٣١/ ١٤).

(٧) الخصاءُ: هو فقد الْخُصْيَتَيْنِ خِلْقة، أو بقطع، أو سَلٍّ لهما. والفرق بين العُنَّةِ والخِصَاء: أن العنّة تكون بعدم انتشار الآلة، أما الخِصَاء فلا يمنع من انتشار الآلة. انظر الموسوعة الفقهية (٣١/ ١٥).

(٨) الخنوثة هي حالة بين الذكورة والأنوثة، والخنثى في اللغة: الذي لا يخلص لذكر ولا أنثى، أو الذي له ما للرجال والنساء جميعًا من الخنث، وهو اللين والتكسر، يقال: خنثت الشيء فتخنث، أي: عطفته فتعطف، والاسم الخنث، وفي الاصطلاح: من له آلتا الرجال والنساء، أو من ليس له شيء منهما أصلاً، وله ثقب يخرج منه البول. انظر الموسوعة الفقهية (٧/ ٧٢)، (٢٠/ ٢١).

[قال أبو حنيفةَ، وأبو يوسفَ: ليس بشرطٍ، ولا يُفسَخُ النّكاحُ به [١].

وقال محمّدٌ: خُلوُّه من كُلِّ عَيْبٍ لا يُمْكِنُها المُقام معه إلاَّ بضَرَرٍ كالجُنونِ والجُذامِ والبرَصِ، شرطُ لُزومِ النّكاحِ] [٢] حتّى يُفْسَخَ به [٣] النّكاحُ، وخُلوُّه عَمَّا سِوَى ذلك ليس بشرطٍ، وهو مذهبُ الشّافعيِّ [٤].

(وجه قولِ محمّدٍ): أنّ الخيارَ في العُيوبِ الخمسةِ [٥] إنّما ثبت لدَفْعِ الضّرَرِ عن المرأةِ، وهذه العُيوبُ في إلحاقِ الضّرَرِ بها فوقَ تلك؛ لأنّها من الأدواءِ المُتَعَدِّيةِ [٦] عادةً، فلَمَّا ثبت الخيارُ بتلك، فلأَنْ يَثْبُتَ بهذه أولى، بخلافِ ما إذا كانتْ هذه العُيوبُ في جانِبِ المرأةِ؛ لأنّ الزّوْجَ، وإنْ كان يتضَرَّرُ بها لكنْ [٧] يُمْكِنُه دَفْعُ الضّرَرِ عن نفسِه بالطّلاقِ، فإنّ [٨] الطّلاقَ بيَدِه، والمرأةُ لا يُمْكِنُها ذلك؛ لأنّها لا تَمْلِكُ الطّلاقَ، فتَعَيّنَ الفسخُ طَرِيقًا لدَفْعِ الضّرَرِ.

(ولهما): أنّ الخيارَ في تلك العُيوبِ ثبت لدَفْعِ ضَرَرِ فواتِ حَقِّها المُستَحَقِّ بالعقدِ، وهو الوَطْءُ مرّةً واحِدةً، وهذا الحقُّ لم يَفُتْ بهذه العُيوبِ؛ لأنّ الوَطْءَ يتحَقَّقُ من الزّوْجِ مع هذه العُيوبِ، فلا يَثْبُتُ الخيارُ هذا في جانِبِ الزّوْجِ.

وأمّا في جانِبِ المرأةِ، فخُلوُّها عن العيْبِ ليس بشرطٍ للُزومِ النّكاحِ بلا خلافٍ بين أصحابِنا حتّى لا يُفسَخَ النّكاحُ بشيءٍ من العُيوبِ الموجودةِ فيها [٩].

وقال الشّافعيُّ: خُلوُّ المرأةِ عن خمسةِ عُيوبٍ بها شرطُ اللُّزومِ [١٠]، ويُفْسَخُ النّكاحُ بها،

---

(١) **انظر في مذهب الأحناف:** رؤوس المسائل ص ٣٩٥، مختصر الطحاوى ص ١٨١، المبسوط (٥/ ٩٥)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣٣٥).

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «بهما».

(٤) **مذهب الشافعية:** هو إطلاق جواز الفسخ للزوجين بوجود عيب من هذه العيوب في الجانب الآخر قل ذلك أم كثر، انظر: الأم (٥/ ٨٤)، المهذب (٢/ ٤٩)، الوجيز (٢/ ١٨)، الروضة (٧/ ١٧٦، ١٧٧).

(٥) في المخطوط: «الأربعة».

(٦) في المخطوط: «المعدية».

(٧) في المخطوط: «لكنه».

(٨) في المخطوط: «لأن».

(٩) **انظر في مذهب الحنفية:** مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٢٩٦)، مختصر الطحاوى (ص٧٠١).

(١٠) **مذهب الشافعية:** ترد بالجنون والجذام والبرص والقرن فإن كان قبل الدخول فلا شيء لها، وإن كان بعد الدخول فلها مهر مثلها بالمسيس، انظر: الأم (٥/ ٨٥)، مختصر المزني (ص ١٧٦).

وهي الجُنونُ والجُذامُ والبرَصُ والرّتقُ [(١)] والقرنُ [(٢)].

واحتجَّ بما رُوِيَ عن النبيِّ ﷺ أنّه قال: «فِرَّ من المجذومِ فِرارَكَ من الأسَدِ» [(٣)]، والفسخُ طَريقُ الفِرارِ، ولو لَزِمَ النّكاحُ لَما أمرَ بالفِرارِ، ورُوِيَ أنّه ﷺ تَزَوّجَ امرأةً [(٤)]، فوَجَدَ بياضًا في كشْحِها فرَدَّها وقال: «الحقي بأهلِكِ» [(٥)]، ولو وقَعَ النِّكاحُ لازمًا لَما رَدَّ؛ ولأنّ مَصالِحَ النّكاحِ لا تقومُ مع هذه العُيوبِ أو تختَلُّ بها؛ لأنّ بعضَها مِمَّا يَنْفِرُ عنها الطِّباعُ السّليمةُ وهو الجُذامُ والجُنونُ والبرَصُ فلا تحصُلُ الموافَقةُ فلا تقومُ المصالِحُ أو تختَلُّ وبعضُها مِمَّا يمنَعُ من [(٦)] الوَطْءِ وهو الرّتقُ والقرنُ، وعامّةُ مَصالِحِ النّكاحِ يَقِفُ حُصُولُها على الوَطْءِ، فإنّ العِفَّةَ عن الزّنا والسّكَنِ والوَلَدِ لا يحصُلُ إلاّ بالوَطْءِ ولِهذا يَثْبُتُ الخيارُ في العُيوبِ الأربعةِ كذا ههنا.

(ولَنا): أنّ النّكاحَ لا يُفْسَخُ بسائرِ العُيوبِ، فلا يُفْسَخُ بهذه العُيوبِ أيضًا؛ لأنّ المعنى يَجْمَعُها، وهو أنّ العيْبَ لا يَفَوِّتُ ما هو حكمُ هذا العقدِ من جانِبِ المرأةِ، وهو الازْدِواجُ الحكميُّ، ومِلْكُ الاستمتاعِ، وإنّما يختَلُّ [٢/ ٥٣أ]، ويَفوتُ به بعضُ ثَمراتِ العقدِ، وفَواتُ جميعِ ثَمراتِ هذا العقدِ لا يوجِبُ حَقَّ الفسخِ بأنْ ماتَ أحدُ الزّوْجَيْنِ عَقيبَ العقدِ حتّى يجبَ عليه كمالُ المهْرِ، ففَواتُ بعضِها أولى وهذا؛ لأنّ الحكمَ الأصليّ للنّكاحِ هو الازْدِواجُ الحكميُّ، ومِلْكُ الاستمتاعِ شُرِعَ مُؤَكّدًا له، والمهْرُ يُقابِلُ إحداثَ هذا المِلْكِ،

---

(١) الرَّتَق: بفتح الراء والتاء مصدر رتقت المرأة (بكسر التاء): إذا التحم فرجها، والرَّتَق: انسداد فرج المرأة بعضلة ونحوها بشكل لا يمكن معه الجماع، انظر معجم لغة الفقهاء ص (٢١٩).

(٢) القَرَن: بفتح القاف والراء قَرِنَتِ المرأة قَرَنًا، إذا كان في فرجها قَرْن، وهو عظم، أو غُدَّة مانعة من ولوج الذّكر، انظر معجم لغة الفقهاء ص (٣٦١).

(٣) ذكره البخاري تعليقًا في كتاب الطب، باب: الجذام، وقال ابن حجر في الفتح: هو من المعلقات التي لم يصلها في موضع آخر، وقد وصله أبو نعيم من طريق أبي داود الطيالسي، وأبي قتيبة وقد وصله ابن خزيمة أيضًا، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه (٥/ ١٤٢)، حديث (٢٤٥٤٣)، وصححه الألباني في صحيح الجامع (٧٥٣٠).

(٤) في المخطوط: «بامرأة».

(٥) أخرجه أحمد في مسنده (١٥٦٠٢)، وسعيد بن منصور في سننه (١/ ٢٤٧)، حديث (٨٢٩)، والحاكم في المستدرك (٤/ ٣٦)، حديث (٦٨٠٨) من حديث كعب بن عجرة، وقال الحافظ في التلخيص (٣/ ١٣٩): «وفي إسناده جميل بن زيد وقد اضطرب فيه وهو ضعيف» وقال الألباني: «ضعيف جدًّا»، وانظر الإرواء (١٩١٢).

(٦) في المخطوط: «عن».

وبِالفسخِ لا يظهرُ أنّ إحداثَ المِلْكِ لم يكنْ، فلا يَرْتفِعُ ما يُقابَلُ [١]، وهو المهْرُ، فلا يجوزُ الفَسخُ، ولا شَكَّ أنّ هذه العُيوبَ لا تَمْنَعُ من الاستمتاعِ، أمَّا الجُنونُ، والجُذامُ، والبرَصُ، فلا يُشْكِلُ، وكذلك الرّتقُ والقرنُ؛ لأنّ اللَّحمَ يُقْطَعُ والقرنُ [٢] يُكْسَرُ، فيُمْكِنُ الاستمتاعُ بواسِطةٍ لهذا المعنى لم يُفْسَخ بسائرِ العُيوبِ كذا هذا.

وأمّا الحديثُ الأوّلُ، فنقول بموجِبه: إنّه يجبُ الاجتِنابُ [٣] عنه والفِرارُ يُمْكِنُ [٤] بالطّلاقِ لا بالفسخِ، وليس فيه تَعيينُ طَريقِ الاجتِنابِ والفِرارِ.

وأمّا الثاني، فالصّحيحُ من الرِّوايةِ أنّه قال لها: «**الحقي بأهلِك**» [٥]، وهذا من كِناياتِ الطّلاقِ عندَنا، والكلامُ في الفسخِ والرّدِّ المذكورُ فيه قولُ الرّاوِي، فلا يكونُ حُجّةً أو تحمِلُه على الرّدِّ بالطّلاقِ عَملاً بالدّلائلِ صيانةً لها عن التّناقُضِ، واللّه تعالى الموفِّقُ.

وخُلوُّ النّكاحِ من خيارِ الرّؤْيةِ ليس بشرطٍ للُزومِ النّكاحِ حتّى لو تَزَوّجَ امرأةً، ولم يَرَها لا خيارَ له إذا رَآها [بخلافِ البيْعِ] [٦].

وكذا خُلوُّه عن خيارِ الشّرطِ سَواءٌ جعل الخيارَ للزّوْجِ أو للمرأةِ أو لهما ثلاثةَ أيّامٍ أو أقلَّ أو أكثرَ حتّى لو تَزَوّجَ بشرطِ الخيارِ بَطَلَ الشّرطُ، وجازَ [٧] النّكاحُ.

فصل [في بيان شرط بقاء النكاح]

وأمّا الثاني: فشرطُ [٨] بَقاءِ النّكاحِ لازِمًا نوعانِ:

نوعٌ يتعلَّقُ بالزّوْجِ في نِكاحِ زَوْجَتِه. ونوعٌ يتعلَّقُ بالمولى في نِكاحِ أمَتِه.

أمَّا الذي يتعلَّقُ بالزّوْجِ في نِكاحِ زَوْجَتِه، فعَدَمُ تَمْليكِه الطّلاقَ منها أو من غيرِها بأنْ يقولَ لامرأتِه: اختاري أو أمرُكِ بيَدِكِ، يَنْوِي الطّلاقَ أو طَلِّقي نفسَكِ أو أنْتِ طالِقٌ إنْ شِئْتِ أو [يقولَ] [٩] لرجلٍ: طَلِّقِ امرأتي إنْ شِئْتَ، كذا [١٠] عَدَمُ التّطْليقِ [١١] بشرطِ

---

(١) في المخطوط: «يقابله».
(٢) في المخطوط: «العظم».
(٣) في المخطوط: «الامتناع».
(٤) في المخطوط: «لكن».
(٥) سبق تخريجه.
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) في المخطوط: «وخيار».
(٨) في المخطوط: «بشرط».
(٩) ليست في المخطوط.
(١٠) في المخطوط: «وكذا».
(١١) في المخطوط: «التعليق ليس».

والإضافةُ إلى وقتٍ؛ لأنّه بالتّمليكِ جعل النّكاحَ بحالٍ لا يتوقّفُ زَوالُه على اختيارِه بعدَ الجعلِ. وكذا بالتّعليقِ والإضافةِ، وهذا معنى عَدَمُ بَقاءِ النّكاحِ لازِمًا.

وأمّا الذي يتعَلَّقُ بالمولى في نِكاحِ أمَتِه، فهو أنْ لا يَعتِقَ أمَتَه المنْكوحةَ حتّى لو أعتقَها لا يبقى العقدُ لازِمًا، وكان [1] لها الخيارُ، وهو المُسَمَّى بخيارِ العتاقةِ. والكلامُ فيه في مواضعَ: في بيانِ شرطِ ثُبوتِ هذا الخيارِ، وفي بيانِ وقتِ ثُبوتِه، وفي بيانِ ما يَبْطُلُ به.

أمّا الأوّلُ: فلِثُبوتِ هذا الخيارِ شَرائطُ:

منها: وُجودُ النّكاحِ وقتَ الإعتاقِ حتّى لو أعتقَها، ثمّ زَوّجَها من إنسانٍ، فلا خيارَ لها لانعِدامِ النّكاحِ وقتَ الإعتاقِ. ولو أعتقَها، ثمّ زَوّجَها، وهي صَغيرةٌ، فلَها خيارُ البُلوغِ لا خيارُ العِتْقِ لما قلنا.

ومنها: أنْ يكونَ (التّزْوِيجُ نافِذًا) [2] حتّى لو زَوّجَتِ الأمةُ نفسَها من إنسانٍ بغيرِ إذْنِ مولاها، ثمّ أعتقَها المولى، فلا خيارَ لها، وأمّا كونُ الزّوْجِ رَقيقًا وقتَ الإعتاقِ، فهل هو شرطُ ثُبوتِ الخيارِ لها؟.

قال أصحابنا: ليس بشرطٍ، ويَثْبُتُ الخيارُ لها سَواءٌ كان زَوْجُها حُرًّا أو عبدًا [3].

وقال الشّافعيُّ: شرطٌ، ولا خيارَ لها إذا كان زَوْجُها حُرًّا [4]، واحتَجَّ بما رُوِيَ عن عائشةَ رضي الله عنها أنّها قالتْ: زَوْجُ بَريرةَ كان عبدًا، فخَيّرَها رسولُ اللّه ﷺ ولو كان حُرًّا ما خَيّرَها [5]، وهذا نَصٌّ في البابِ، والظّاهرُ أنّها إنّما قالتْ ذلك سَماعًا من رسولِ اللّه ﷺ؛ ولأنّ الخيارَ في العبدِ إنّما ثبت [6] لدَفْعِ الضّرَرِ، وهو ضَرَرُ عَدَمِ الكفاءةِ وضَرَرُ لُزومِ

---

(١) في المخطوط: «وكذا».

(٢) في المخطوط: «النكاح صحيحًا».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: رؤوس المسائل ص ٣٩٦، القدورى ص ٧١، المبسوط (٥/ ٩٩).

(٤) مذهب الشافعية: أنه لا يثبت للأمة الخيار تحت حر إذا أعتقت وهي منكوحة، انظر: الأم (٥/ ١٢٢)، المهذب (٢/ ٥١)، المنهاج (ص ١٠٠).

(٥) أخرجه مسلم، كتاب العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق، حديث (١٥٠٤)، وأبو داود، حديث (٢٢٣٣)، والترمذي، حديث (١١٥٤) من حديث عائشة، وقوله: «ولو كان حرًّا...» من قول عروة وقد جاء مصرحًا به في رواية النسائي ولفظه: «قال عروة: ولو كان حرًّا ما خيرها» وانظر نصب الراية (٣/ ٢٠٧).

(٦) في المخطوط: «يثبت».

نَفَقةِ الأولادِ وضَرَرُ نُقصانِ المُعاشَرةِ لكونِ العبدِ مشغولاً بخِدْمةِ المولى، وشيءٌ من ذلك لم يوجَدْ في الحُرِّ، فلا يَثْبُتُ الخيارُ.

(ولَنا): ما رُوِيَ عن رسولِ اللَّه ﷺ أنّه قال لبَريرةَ حينَ أُعتِقَتْ: «**مَلَكْتِ بُضْعَكِ، فاختاري**»(١). ورُوِيَ «**مَلَكْتِ أمرَكِ**»، ورُوِيَ «**مَلَكْتِ نفسَكِ**»، والاستدلالُ به من وجهينِ: أحدهما بنَصِّه، والآخر بعِلَّةِ النّصِّ.

أمّا الأوّلُ: فهو أنّه خَيّرَها رسولُ اللَّه ﷺ حينَ أُعتِقَتْ.

وقد رُوِيَ أنّ زَوْجَها كان حُرًّا، فإنْ قِيلَ: رَوَيْنا عن عائشةَ رضي الله عنها أنّ زَوْجَها كان عبدًا، فتعارضتِ الرِّوايَتانِ، فسَقَطَ الاحتِجاجُ بهما.

فالجوابُ: أنّ ما رَوَيْنا مُثبِتٌ للحُرِّيّةِ، وما رَوَيْتُم مُبْقٍ للرِّقِّ، والمُثْبِتُ أولى؛ لأنّ البقاءَ قد يكونُ باستِصْحابِ الحالِ، والثُّبوتُ يكونُ بناءً على الدّليلِ لا مَحالةَ، فمَنْ قال: كان عبدًا، احتُمِلَ أنّه اعتَمَدَ استِصْحابَ الحالِ. ومَنْ قال: كان حُرًّا، بَنَى الأمرَ على الدّليلِ لا مَحالةَ [٢/ ٥٣ب]، فصار كالمُزَكِّيَيْنِ جَرَّحَ أحدُهما شاهِدًا، والآخَرُ زَكّاه، أنّه يُؤْخَذُ بقولِ الجارِحِ لما قلنا كذا هذا؛ ولأنّ ما رَوَيْنا موافِقٌ للقياسِ، وما رَوَيْتُم مُخالِفٌ له لما نذكرُه إنْ شاء اللَّه تعالى، فالموافِقُ للقياسِ أولى.

وأمّا الثّاني: فهو أنّ النّبيّ ﷺ جعل مِلْكَها بُضْعَها أو أمرَها أو نفسَها عِلَّةً لثُبوتِ الخيارِ لها؛ لأنّه أخبر أنّها مَلَكَتْ بُضْعَها، ثمّ أعقبَه بإثباتِ الخيارِ لها بحَرْفِ التّعقيبِ، ومِلْكُها نفسَها مُؤَثِّرٌ في رَفْعِ الولايةِ في الجُمْلةِ؛ لأنّ المِلْكَ اختِصاصٌ، ولا اختِصاصَ مع ولايةِ الغيرِ، والحكمُ إذا ذُكِرَ عَقيبَ وصْفٍ له، أثَّرَ في الجُمْلةِ في جِنْسِ ذلك الحكم في الشّرعِ كان [ذلك](٢) تَعليقًا لذلك الحكم بذلك الوَصْفِ في أُصُولِ الشّرعِ كما في قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة:٣٨]، وقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور:٢]، وكما رُوِيَ أنّ رسولَ اللَّه ﷺ سَها، فسجد. ورُوِيَ أنّ

---

(١) لم أجده هكذا، وأخرج الدارقطني في سننه (٣/ ٢٩٠)، حديث (١٧٠) عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال لبريرة: «اذهبي فقد عتق معك بضعك»، وأخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب: الحرة تحت العبد، حديث (٥٠٩٧)، ومسلم، كتاب العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق، حديث (١٥٠٤) عن عائشة، قالت: كان في بريرة ثلاث سُنَن عتقت فخيِّرت.. الحديث.

(٢) ليست في المخطوط.

ماعِزًا زَنَى، فرُجِمَ، ونحوَ ذلك، والحكمُ يتعَمَّمُ بعُمومِ العِلَّةِ، ولا يتخَصّصُ بخُصُوصِ المحَلِّ كما في سائرِ العِلَلِ الشّرعيّةِ، والعقليّةِ، وزَوْجُ بَريرةَ، وإنْ كان عبدًا؛ لكنّ النّبيّ ﷺ لَمَّا بَنَى الخيارَ فيه على معنًى عامٍّ وهو مِلْكُ البُضْعِ يُعتَبَرُ عُمومُ المعنى لا خُصُوصُ المحَلِّ، واللّه الموفِّقُ.

ولأنّ بالإعتاقِ يزدادُ مِلْكُ النّكاحِ عليها؛ لأنّه يملِكُ عليها عُقْدةً زائدةً لم يكنْ يملِكُها قبلَ الإعتاقِ بناءً على أنّ الطّلاقَ بالنِّساءِ [1] على أصلِ أصحابِنا، والمسألةُ فريعةُ ذلك الأصلِ.

ولها أنْ لا ترضَى بالزِّيادةِ؛ لأنّها تَتَضَرَّرُ بها، ولها ولايةُ رَفْعِ [2] الضّرَرِ عن نفسِها، ولا يُمْكِنُها رَفْعُ الزِّيادةِ إلاّ برَفْعِ أصلِ النّكاحِ، فبَقِيَتْ [3] لها ولايةُ رَفْعِ [4] النِّكاحِ، وفَسخِه ضرورةَ رَفْعِ الزِّيادةِ، و[قد] [5] خرج الجوابُ عن قولِه: إنّه لا ضَرَرَ فيه لما بَيّنّا من وجه الضّرَرِ؛ ولأنّه لو لم يَثْبُتْ لها الخيارُ، وبَقِيَ النّكاحُ لازِمًا لأدّى ذلك إلى أنْ يستَوْفِيَ الزّوْجُ مَنافِعَ بُضْعِ حُرّةٍ جبْرًا ببَدَلٍ استَحَقَّه غيرُها بالعقدِ، وهذا لا يجوزُ كما لو كان الزّوْجُ عبدًا؛ ولأنّ القولَ ببَقاءِ هذا النّكاحِ لازِمًا يُؤَدّي إلى استيفاءِ مَنافِعِ بُضْعِ الحُرَّةِ من غيرِ بَدَلٍ تستَحِقُّه الحُرّةُ، وهذا لا يجوزُ؛ لأنّها لا ترضَى باستيفاءِ مَنافِعِ بُضْعِها إلاّ ببَدَلٍ تستَحِقُّه هي، فلو لم يَثْبُتِ الخيارُ لها لَصار الزّوْجُ مُستَوْفيًا مَنافِعَ بُضْعِها، وهي حُرّةٌ جبْرًا عليها من غيرِ رِضاها ببَدَلٍ استَحَقَّه مولاها، وهذا لا يجوزُ؛ لهذا المعنى ثبت لها الخيارُ إذا كان زَوْجُها عبدًا كذا إذا كان حُرًّا. وكذا [6] اختُلِفَ في أنّ كونَها رَقيقةً وقتَ النِّكاحِ هل هو شرطٌ أم لا؟.

قال ابو يوسف: ليس بشرطٍ، ويَثْبُتُ لها الخيارُ سَواءٌ كانتْ رَقيقةً وقتَ النّكاحِ، فأعتقَها المولى أو كانتْ حُرّةً وقتَ النّكاحِ، ثمّ طَرأ عليها الرِّقُّ، فأعتقَها حتّى أنّ الحرْبيّةَ إذا تَزَوّجَتْ في دارِ الحرْبِ، ثمّ سُبيا مَعًا، ثمّ أُعتِقَتْ، فلَها الخيارُ عندَه.

وقال محمد: هو شرطٌ، ولا خيارَ لها. وكذا المسلمةُ إذا تَزَوّجَتْ مسلمًا، ثمّ ارتَدّا،

---

(١) في المخطوط: «معتبر النساء».
(٢) في المخطوط: «دفع».
(٣) في المخطوط: «فيثبت».
(٤) في المخطوط: «دفع».
(٥) ليست في المخطوط.
(٦) زاد في المخطوط: «لو».

ولَحِقا بدارِ الحرْبِ، ثمّ سُبيَتْ، وزَوْجُها معها فأسلَما، ثمّ أُعتِقَتِ الأمةُ، فهو على هذا الاختِلافِ.

فمحمّدٌ فرّقَ بين الرِّقِّ الطّارئ على النِّكاحِ، وبين المُقارِنِ إيّاه، وأبو يوسفَ سَوّى بينهما وجه الفرقِ لمحمّدٍ أنّها إذا كانتْ رَقيقةً وقتَ النِّكاحِ، فالنِّكاحُ يَنْعَقِدُ موجِبًا للخيارِ عندَ الإعتاقِ، وإذا كانتْ حُرَّةً؛ فنِكاحُ الحُرَّةِ لا يَنْعَقِدُ موجِبًا للخيارِ، فلا يَثْبُتُ الخيارُ بطَرَيانِ الرِّقِّ بعدَ ذلك؛ لأنّه لا يوجِبُ خَلَلًا في الرِّضا، ولأبي يوسفَ أنّ الخيارَ يَثْبُتُ بالإعتاقِ؛ لأنّ زيادةَ المِلْكِ تَثْبُتُ به؛ لأنّها توجِبُ العِتْقَ، والعِتْقُ موجِبُ الإعتاقِ، ولا يَثْبُتُ بالنِّكاحِ؛ لأنّ النِّكاحَ السّابِقَ ما انعقد موجِبًا للزِّيادةِ؛ لأنّه صادَفَ الأمةَ، ونِكاحُ الأمةِ لا يوجِبُ زيادةَ المِلْكِ، فالحاصِلُ أنّ أبا يوسفَ يجعلُ زيادةَ المِلْكِ حكمَ الإعتاقِ، ومحمّدٌ يجعلُها حكمَ العقدِ السّابِقِ عندَ وُجودِ الإعتاقِ.

وعلى هذا الأصلِ يخرجُ قولُ أبي يوسفَ أنّ خيارَ العِتْقِ يَثْبُتُ مرّةً بعدَ أُخرى، وقولُ محمّدٍ أنّه لا يَثْبُتُ إلاّ مرّةً واحِدةً حتّى لو أُعتِقَتِ الأمةُ، فاختارَتْ زَوْجَها، ثمّ ارتَدَّ الزّوْجانِ مَعًا، ثمّ سُبيَتْ، وزَوْجُها معها، فأُعتِقَتْ، فلَها أنْ تختارَ نفسَها عندَ أبي يوسفَ، وعندَ محمّدٍ ليس لها ذلك؛ لأنّ عندَ أبي يوسفَ الخيارَ ثبت بالإعتاقِ، وقد تَكَرَّرَ الإعتاقُ، فيتكَرَّرُ الخيارُ، وعندَ محمّدٍ يَثْبُتُ بالعقدِ، وأنّه لم يتكَرَّرْ، فلا يَثْبُتُ إلاّ خيارٌ واحِدٌ.

فصل [في وقت ثبوت الخيار]

وأمّا وقتُ ثُبوتِه، فوقتُ علمِها بالعِتْقِ وبِالخيارِ، وأهليّةُ الاختيارِ، فيَثْبُتُ لها الخيارُ في [٢/ ٥٤أ] المجلسِ الذي تَعلَمُ فيه بالعِتْقِ، وبِأنّ لها الخيارَ، وهي من أهلِ الاختيارِ حتّى لو أعتقَها، ولم تَعلم بالعِتْقِ (أو عَلِمَتْ بالعِتْقِ، ولم تَعلم بأنّ لها الخيارَ، فلم تختر)[١] لم يَبْطُلْ خيارُها ولها بمجلسِ[٢] العلمِ إذا عَلِمَتْ بهما بخلافِ خيارِ البُلوغِ، فإنّ[٣] العلمَ بالخيارِ فيه ليس بشرطٍ، وقد بَيّنّا الفرقَ بينهما فيما تقدَّمَ.

---

(١) في المخطوط: «فإن لها الخيار فلم تتخيّر».

(٢) في المخطوط: «مجلس».

(٣) في المخطوط: «أن».

وكذلك إذا أعتقَها، وهي صَغيرةٌ، فلَها خيارُ العِتْقِ إذا بَلَغَتْ؛ لأنّها وقتَ الإعتاقِ لم تَكُنْ من أهلِ الاختيارِ، وليس لها خيارُ البُلوغِ؛ لأنّ النّكاحَ وُجِدَ في حالةِ الرِّقِّ، واللَّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

ولو تَزَوّجَتْ مُكاتَبةٌ بإذنِ المولى، فأُعتِقَتْ، فلَها الخيارُ عندَ أصحابِنا الثّلاثةِ، وعندَ زُفر لا خيارَ لها.

(وجه قولِه): أنّه لا ضَرَر عليها؛ لأنّ النّكاحَ وقَعَ لها، والمهْرُ مُسَلَّمٌ لها.

(ولَنَا) ما رُوِيَ أنّ النّبيّ ﷺ خَيّرَ بَريرةَ، وكانتْ مُكاتَبةً [1]؛ ولأنّ عِلّةَ النّصِّ عامّةٌ على ما بَيّنّا. وكذا المِلْكُ يزدادُ عليها كما يزدادُ على القِنّةِ.

فصل [فيما يبطل به الخيار]

وأمّا ما يَبْطُلُ به، فهذا الخيارُ يَبْطُلُ بالإبطالِ نَصًّا ودَلالةً من قولٍ أو فعلٍ يَدُلُّ على الرِّضا بالنّكاحِ (على ما) [2] بَيّنّا في خيارِ الإدراكِ، ويَبْطُلُ بالقيامِ عن المجلسِ؛ لأنّه دليلُ الإعراضِ كخيارِ المُخَيّرةِ، ولا يَبْطُلُ بالسّكوتِ بل يمتَدُّ إلى آخرِ المجلسِ إذا لم يوجَدْ منها دليلُ الإعراضِ كخيارِ المُخَيّرةِ؛ لأنّ السّكوتَ يُحْتَمَلُ أنْ يكونَ لرِضاها بالمُقامِ معه، ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ للتّأمُّلِ؛ لأنّ بالعِتْقِ ازْدادَ [3] المِلْكُ عليها، فتحتاجُ إلى التّأمُّلِ، ولا بُدَّ للتّأمُّلِ من زَمانٍ، فقُدِّرَ ذلك بالمجلسِ كما في خيارِ المُخَيّرةِ. وخيارُ القبولِ في البيْعِ بخلافِ خيارِ البُلوغِ أنّه يَبْطُلُ بالسّكوتِ من البِكْرِ؛ لأنّ بالبُلوغِ ما ازْدادَ المِلْكُ، فلا حاجةَ إلى التّأمُّلِ، فلم يكنْ سُكوتُها للتّأمُّلِ، فكان دليلَ الرِّضا، وفي خيارِ المُخَيّرةِ ثَبْتُ المجلسِ بإجماعِ الصّحابةِ رضي الله عنهم غيرُ معقولٍ؛ ولأنّه لَمّا ازْدادَ المِلْكُ عليها جعلها [4] العقدُ السّابِقُ في حَقِّ الزّيادةِ بمنزِلةِ إنْشاءِ النّكاحِ، فيتقَيّدُ بالمجلسِ، وإذا اختارَتْ نفسَها حتّى وقتِ الفُرْقةِ كانتْ فُرْقةً بغيرِ طَلاقٍ لما نذكرُ إنْ شاء اللَّه تعالى، فلا تفتقرُ هذه الفُرْقةُ إلى قضاءِ القاضي بخلافِ الفُرْقةِ بخيارِ البُلوغِ، ووجه الفرقِ بينهما قد ذكرناه فيما تقَدَّمَ، واللَّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

---

(١) تقدم.

(٢) في المخطوط: «لما».

(٣) في المخطوط: «يزداد».

(٤) في المخطوط: «جعل».

وأمَّا بَقاءُ الزّوْجِ قادِرًا على النّفَقةِ، فليس بشرطٍ لبَقاءِ النِّكاحِ لازِمًا حتّى لو عَجزَ عن النّفَقةِ لا يَثْبتُ لها حَقُّ المُطالَبةِ بالتّفْريقِ، وهذا عندَنا [١]. وعندَ الشّافعيِّ شرطٌ [٢]، ويَثْبتُ لها حَقُّ المُطالَبةِ بالتّفْريقِ، احتجَّ بقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ [البقرة:٢٢٩].

[أمرَ عَزَّ وجَلَّ بالإمساكِ بالمعروفِ،] [٣] وقد عَجزَ عن الإمساكِ بالمعروفِ؛ لأنّ ذلك بإيفاءِ حَقِّها في الوَطْءِ والنّفَقةِ، فتعَيّنَ عليه التّسريحُ بالإحسانِ، فإنْ فعل وإلاّ نابَ القاضي مَنابَه في التّسريحِ [٤]، وهو التّفْريقُ، ولأنّ النّفَقةَ عِوَضٌ عن مِلْكِ النِّكاحِ، وقد فاتَ العِوَضُ بالعجْزِ، فلا يبقى النّكاحُ لازِمًا كالمشتَري إذا وجَدَ المبيعَ مَعيبًا، والدّليلُ عليه أنّ فواتَ العِوَضِ بالجبِّ والعُنّةِ يمنَعُ بَقاءَه لازِمًا، فكذا، فواتُ المُعوّضِ؛ لأنّ النّكاحَ عَقْدُ مُعاوَضةٍ.

(ولَنَا): أنّ التّفْريقَ إبطالُ مِلْكِ النّكاحِ على الزّوْجِ من غيرِ رِضاه، وهذا في الضّرَرِ، فوقَ ضَرَرِ المرأةِ بعَجْزِ الزّوْجِ عن النّفَقةِ؛ لأنّ القاضيَ يَفْرِضُ النّفَقةَ على الزّوْجِ إذا طَلَبَتِ المرأةُ الفرضَ، ويَأمُرُها بالإنْفاقِ من مالِ نفسِها إنْ كان لها مالٌ، وبالاستِدانةِ إنْ لم يكنْ إلى وقتِ اليسارِ، فتَصيرُ النّفَقةُ دَيْنًا في ذِمَّتِه بقضاءِ القاضي، فترجِعُ [٥] المرأةُ عليه بما أنْفقَتْ إذا أيسَرَ الزّوْجُ، فيتأخّرُ حَقُّها إلى يسارِ الزّوْجِ ولا يَبْطُلُ، وضَرَرُ الإبطالِ فوقَ ضَرَرِ التّأخيرِ، بخلافِ التّفْريقِ بالجبِّ، والعُنّةِ؛ [و] [٦] لأنّ هناك الضّرَرَ من الجانِبَيْنِ جميعًا ضَرَرُ إبطالِ الحقِّ؛ لأنّ حَقَّ المرأةِ [عليه] [٧] يَفوتُ عن الوَطْءِ، وضَرَرُها أقوَى؛ لأنّ الزّوْجَ لا يتضَرَّرُ بالتّفْريقِ كثيرُ ضَرَرٍ لعَجْزِه عن الوَطْءِ. فأمَّا المرأةُ فإنّها مَحلٌّ صالِحٌ للوَطْءِ، فلا [٨] يُمْكِنُها استيفاءُ حَظِّها من هذا الزّوْجِ، ولا من زَوْجٍ آخَرَ لمكانِ هذا الزّوْجِ، فكان الرجحانُ لضَرَرِها، فكان أولى بالدّفْعِ.

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٣٦٦)، مختصر الطحاوي (ص ٢٢٣).
(٢) مذهب الشافعية: أنه - إذا لم يجد ما ينفقه عليها - أن تخير المرأة بين المقام معه وفراقه، فإن اختارت فراقه فهي فرقة بلا طلاق. انظر الأم (٥/ ٩١).
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «التفريق للتسريح».
(٥) في المخطوط: «وترجع».
(٦) ليست في المخطوط.
(٧) زيادة من المخطوط.
(٨) في المخطوط: «ولا».

وأمَّا الآيةُ الكريمةُ، فقد قِيلَ في التّفسيرِ: إنّ الإمساكَ بالمعروفِ هو الرجعةُ، وهو أنْ يُراجِعَها على قَصْدِ الإمساكِ، والتّسريحُ بالإحسانِ [(١)] هو أنْ يَتْرُكَها حتّى تنقضيَ عِدَّتُها مع ما أنّ الإمساكَ بالمعروفِ يختلفُ باختِلافِ حالِ الزّوْجِ.

ألا ترى إلى قولِه [٢/ ٥٤ب] عزَّ وجَلَّ: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة:٢٣٦]، فالإمساكُ بالمعروفِ في حَقِّ العاجِزِ عن النّفَقةِ بالتِزامِ النّفَقةِ على أنّه إنْ كان عاجِزًا عن الإمساكِ بالمعروفِ، فإنّما يجبُ عليه التّسريحُ [بالإحسانِ] [(٢)] إذا كان قادِرًا، ولا قُدْرةَ له على ذلك؛ لأنّ ذلك بالتّطْليقِ مع إيفاءِ حَقِّها في نَفَقةِ العِدَّةِ، وهو عاجِزٌ عن نَفَقةِ الحالِ، فكيفَ يقدِرُ على نَفَقةِ العِدَّةِ على أنّ لَفْظَ التّسريحِ مُحْتَمَلٌ يحتَمِلُ أنْ يكونَ المُرادُ منه التّفْريقَ بإبطالِ [النّكاحِ] [(٣)]، ويُحْتَمَلُ أنْ يكونَ المُرادُ منه التّفْريقَ والتّبْعيدَ من حيث المكانُ، وهو تخليةُ السّبيلِ وإزالةُ اليدِ، إذْ حقيقةُ التّسريحِ هي التّخليةُ، وذلك قد يكونُ بإزالةِ اليدِ والحبْسِ، وعندَنا لا يبقى له ولايةُ الحبْسِ، فلا يكونُ حُجّةً مع الاحتِمالِ.

وأمَّا قولُه: النّفَقةُ عِوَضٌ عن مِلْكِ النّكاحِ، فمَمْنوعٌ، فإنّ العِوَضَ ما يكونُ مَذْكورًا في العقدِ نصًّا، والنّفَقةُ غيرُ مَنْصُوصٍ عليها، فلا تكونُ عِوَضًا بل هي بمُقابَلةِ الاحتِباسِ. وعندَنا ولايةُ الاحتِباسِ [(٤)] تَزولُ عندَ العجزِ، ثمّ إنْ سَلَّمْنا أنّه عِوَضٌ لكنّ بَقاءَ المُعَوّضِ مُستَحِقًّا يَقِفُ على استحقاقِ العِوَضِ في الجُمْلةِ لا على وُصولِ العِوَضِ للحالِ، والنّفَقةُ هـهنا مُستَحَقّةٌ في الجُمْلةِ، وإنْ كانتْ لا تَصِلُ إليها للحالِ، فيبقى العِوَضُ حَقًّا للزّوْجِ، واللّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

فصل [في بيان حكم النكاح]

وأمّا بيانُ حكمِ النّكاحِ، فنقول، وبِاللّه التّوْفيقُ: الكلامُ في هذا الفصلِ في موضِعَيْنِ في الأصلِ:

أحدهما: في بيانِ حكمِ النّكاحِ.

---

(١) في المخطوط: «بالمعروف».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «الحبس».

والثاني: في بيانِ ما يَرْفَعُ حكمَه.

أمَّا الأوَّل: فالنِّكاحُ لا يخلو إمَّا أنْ يكونَ صحيحًا، وإمَّا أنْ يكونَ فاسِدًا، ويتعَلَّقُ بكُلِّ واحِدٍ منهما أحكامٌ.

أمَّا النكاحُ الصحيحُ، فلَه أحكامٌ: بعضُها أصليٌّ، وبعضُها من التّوابعِ.

أمَّا الأصليّةُ منها: فحِلُّ (١) الوَطْءِ إلاَّ في حالةِ الحيضِ والنِّفاسِ والإحرامِ، وفي الظِّهارِ قبلَ التّكفيرِ لقولِه سبحانه وتعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المؤمنون:٥-٦] نفى اللَّوْمَ عمَّنْ (لا يحفَظُ) (٢) فرجَه على زَوْجَتِه فدَلَّ على حِلِّ الوَطْءِ إلاَّ أنَّ الوَطْءَ في حالةِ الحيضِ خُصّ بقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ [البقرة:٢٢٢]، والنِّفاسُ أخو (٣) الحيضِ، وقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا۟ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ [البقرة:٢٢٣]. والإنسانُ بسبيلٍ من التّصَرُّفِ في حَرْثِه مع ما أنّه قد أباحَ إتيانَ الحرْثِ بقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَأْتُوا۟ حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ﴾ [البقرة:٢٢٣].

ورُوِيَ عن النّبيِّ ﷺ أنّه قال: «اتَّقوا اللَّهَ في النِّساءِ، فإنهُنّ عندَكم عَوانٌ لا يملِكْنَ شيئًا اتَّخذْتُموهُنّ بأمانةِ اللَّه، واستحلَلْتُم فُروجَهُنّ بكَلِمةِ اللَّه» (٤)، وكَلِمةُ اللَّه المذكورةُ في كتابه العزيزِ لَفْظةُ الإنْكاحِ والتّزْويجِ، فدَلَّ الحديثُ على حِلِّ الاستمتاع بالنِّساءِ بلَفْظةِ الإنْكاحِ والتّزْوِيجِ، وغيرِهما في معناهما، فكان الحِلُّ ثابتًا (٥) [دلالة] (٦)؛ [ولأنّ النّكاحَ ضَمٌّ وتَزْوِيجٌ لُغةً، فيقتضي الانضِمامَ، والازْدِواجَ، ولا يتحَقَّقُ ذلك إلاَّ بحِلِّ الوَطْءِ والاستمتاعِ؛ لأنّ الحرمة (٧) تَمْنَعُ من ذلك، وهذا الحكمُ - وهو حِلُّ الاستمتاعِ - مشتَرَكٌ بين الزّوْجَيْنِ، فإنّ المرأةَ كما يَحِلُّ لزَوْجِها، فزَوْجُها يَحِلُّ لها قال عَزَّ وجَلَّ: ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة:١٠]، ولِلزَّوْجِ أنْ يُطالِبَها بالوَطْءِ متى شاء إلاَّ عندَ اعتِراضِ أسبابٍ مانِعةٍ من الوَطْءِ كالحيضِ والنِّفاسِ والظِّهارِ والإحرامِ وغيرِ ذلك] (٨)،

---

(١) في المخطوط: «حل».
(٢) في المخطوط: «يرجع بحفظ».
(٣) في المخطوط: «أخت».
(٤) سبق تخريجه.
(٥) في المخطوط: «بإثباته».
(٦) زيادة من المخطوط.
(٧) في المطبوع: «الحرية».
(٨) الفقرة التي بين المعقوفين تأخرت في المخطوط إلى نهاية الفصل التالي.

ولِلزَّوْجةِ [١] أنْ تُطالِبَ زَوْجَها بالوَطْءِ؛ لأنّ حِلَّه لها حَقُّها كما أنّ حِلَّها له حَقُّه، و[إلا أنها] [٢] إذا طالَبَتْه بذلك لا يجبُ على الزّوْجِ، (ويُجْبَرُ عليه في الحكم) [٣] مرّةً واحِدةً والزِّيادةُ على ذلك [تجبُ فيما بينه، وبين اللَّه تعالى] [٤] من بابِ حُسنِ المُعاشَرةِ واستِدامةِ النِّكاحِ، [فلا يجبُ عليه في الحكمِ عندَ بعضِ أصحابِنا، وعندَ بعضِهم يجبُ عليه في الحكمِ] [٥].

فصل [فيما يحل به النكاح]

ومنها حِلُّ النّظَرِ، والمسِّ من رأسِها إلى قَدَمَيْها [٦] في حالةِ الحياةِ؛ لأنّ الوَطْءَ، فوقَ النّظَرِ والمسِّ، فكان إحلالُه إحلالاً (للمَسِّ والنّظَرُ) [٧] من طَريقِ الأولى.

وهل يَحِلُّ الاستمتاعُ بها بما دونَ الفرجِ في حالةِ الحيضِ والنِّفاسِ؟

فيه خلافٌ نذكره في كتابِ الاستحسانِ، وأمّا بعدَ (الموتِ، فلا يَحِلُّ) [٨] له المسُّ والنّظَرُ عندَنا [٩] خلافًا للشّافعيِّ [١٠]، والمسألةُ ذكرناها في كتابِ الصّلاةِ [١١].

---

(١) في المخطوط: «وللمرأة».

(٢) زيادة من المخطوط.

(٣) في المخطوط: «إلا».

(٤) ليست في المخطوط.

(٥) ليست في المخطوط.

(٦) في المخطوط: «قدمها».

(٧) في المخطوط: «للنظر والمس».

(٨) في المخطوط: «الوفاة ليس».

(٩) ووجه قولهم أن النكاح بموتها ارتفع بجميع علائقه فلا يبقى حل المس والنظر، كما لو طلقها قبل الدخول، انظر المبسوط (٢/ ٧١)، تبيين الحقائق (١/ ٢٣٥)، الجوهرة النيرة (١/ ١٠٤)، فتح القدير (٢/ ١١١)، البحر الرائق (٢/ ١٨٧)، رد المحتار (٢/ ١٩٨).

(١٠) وفي بيان مذهب الشافعية يقول النووي: «قال الشيخ أبو حامد في تعليقه: مذهبنا أن المرأة إذا ماتت كان حكم نظر الزوج إليها بغير شهوة باقيًا، وزال حكم نظره بشهوة، ثم قال بعده: فإن قيل: قلتم فرقة الطلاق ينقطع بها حكم النظر، ولا ينقطع بفرقة الموت فما الفرق؟ (قلنا) من وجهين:

(أحدهما): أن فرقة الطلاق برضاها أو برضاه، وفرقة الموت بغير اختيارهما.

(والثاني): أن زوال الملك بالموت يبقى من آثاره ما لا يبقى إذا زال في الحياة ولهذا لو قال: إذا بعت عبدي فقد أوصيت به لفلان فباعه لم تصح الوصية، ولو قال: إذا مت فعبدي موصى به لفلان صحت الوصية ويؤيده أن فرقة الطلاق تمنع الإرث بخلاف فرقة الموت. هذا آخر كلام أبي حامد. وكان حقيقة الفرق الأول أن الحاجة تدعو إلى النظر بعد الموت للغسل ونحوه، ولا يعد واحد منهما مقصرًا في هذه الفرقة بخلاف الفرقة في الحياة»، انظر: المجموع (٥/ ١١٧ - ١١٨)، حاشيتي قليوبي وعميرة (٣/ ٢١٤)، تحفة المحتاج (٧/ ٢٠٧)، مغني المحتاج (٤/ ٢١٧)، حاشية الجمل (٤/ ١٢٧)، تحفة الحبيب (٣/ ٣٧٥).

(١١) هنا موضع التقديم السابق وهو مضطرب في المخطوط.

فصل [في ملك المتعة]

ومنها مِلْكُ المُتْعةِ، وهو اختِصاصُ الزّوْجِ بمَنافِعِ بُضْعِها وسائرِ أعضائها استمتاعًا أو مِلْكُ الذَّاتِ والنّفْسِ في حَقِّ التّمَتُّعِ [1] على اختِلافِ مشايِخِنا في ذلك؛ لأنّ مَقاصِدَ النّكاحِ لا تحصُلُ بدونِه، ألا ترى أنّه لولا الاختِصاصُ الحاجِزُ عن التّزْوِيجِ بزَوْجٍ آخَرَ لا يحصُلُ السّكَنُ؛ لأنّ قَلْبَ الزّوْجِ لا يَطْمَئِنُّ إليها، ونفسَه لا تسكُنُ معها، ويَفْسُدُ الفِراشُ لاشتِباه النّسَبِ؛ ولأنّ المهرَ لازِمٌ في النّكاحِ، وأنّه عِوَضٌ عن المِلْكِ لما ذكرنا فيما تقَدَّمَ، فيَدُلُّ على لُزومِ المِلْكِ في النّكاحِ أيضًا [تحقيقًا للمُعاوَضةِ] [2]، وهذا الحكمُ على (الزّوْجةِ للزَّوْجِ) [3] خاصّةً؛ لأنّه عِوَضٌ عن المهْرِ [٢/ ٥٥أ]، والمهْرُ على الرّجُلِ، وقيلَ في تأويلِ قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ﴾ [البقرة:٢٢٨] إنّ الدّرَجةَ هي المِلْكُ.

فصل [في ملك الحبس والقيد]

ومنها مِلْكُ الحبْسِ والقيْدِ، وهو صَيْرورَتُها مَمْنوعةً عن الخروجِ والبُروزِ لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾ [الطلاق: ٦]، والأمرُ بالإسكانِ نَهْيٌ عن الخروجِ والبُروزِ والإخراجِ إذِ الأمرُ بالفعلِ نَهْيٌ عن ضِدِّه، وقولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ﴾ [الأحزاب:٣٣]، وقوله: [﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق:١]] [4] ولأنّها لو لم تَكُنْ مَمْنوعةً عن الخروجِ والبُروزِ لاختَلَّ السّكَنُ والنّسَبُ؛ لأنّ ذلك مِمّا يُريبُ الزّوْجَ، ويحمِلُه على نَفْيِ النّسَبِ.

فصل [في وجوب المهر على الزوج]

ومنها: وُجوبُ المهرِ على الزّوْجِ، وأنّه حكمٌ أصليٌّ للنّكاحِ عندَنا، لا وُجودَ له بدونِه شرعًا، وقد ذكرنا المسألةَ فيما تقَدَّمَ؛ ولأنّ المهرَ عِوَضٌ عن المِلْكِ؛ لأنّه يجبُ بمُقابَلةِ إحداثِ المِلْكِ على ما مرَّ، وثُبوتُ العِوَضِ يَدُلُّ على ثُبوتِ المُعَوّضِ.

* * *

(١) في المخطوط: «الاستمتاع».

(٢) ليست في المخطوط.

(٣) في المخطوط: «للزوج على الزوجة».

(٤) زيادة من المخطوط.

فصل [في ثبوت النسب]

ومنها: ثُبوتُ النَّسَبِ، وإنْ كان ذلك حكمَ الدُّخولِ حقيقةً لكنّ سببَه الظّاهرَ هو النِّكاحُ لكونِ الدُّخولِ أمرًا باطِنًا، فيُقامُ النِّكاحُ مَقامه في إثباتِ النَّسَبِ، ولِهذا قال النّبيُّ ﷺ: «الوَلَدُ للفِراشِ، وللعاهِرِ الحجَرُ» (١). وكذا لو تَزَوّجَ المشرِقيُّ (٢) بمغربيّةٍ، فجاءتْ بوَلَدٍ يَثْبُتُ النّسَبُ، وإنْ لم يوجَدِ الدُّخولُ حقيقةً لوُجودِ سببه، وهو النِّكاحُ.

فصل [في وجوب النفقة والسكنى]

ومنها: وُجوبُ النّفَقةِ، والسّكْنَى لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣]، وقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطلاق:٧]، وقوله: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق:٦]، والأمرُ بالإسكانِ أمرٌ بالإنْفاقِ؛ لأنّها لا تُمكّنُ من الخروجِ للكَسبِ لكونِها عاجِزةً بأصلِ الخِلْقةِ لضَعفِ بنيَتِها والكلامُ في سببِ وُجوبِ هذه النّفَقةِ، وشرطُ وُجوبِها، ومقدارُ الواجبِ منها نذكرُه إنْ شاء اللّه تعالى في كتابِ النّفَقةِ (٣).

فصل [في حرمة المصاهرة]

ومنها: حُرْمةُ المُصاهَرةِ، وهي حُرْمةُ أنْكِحةِ فِرَقٍ معلومةٍ ذكرناهم فيما تقَدَّمَ، وذكرنا دليلَ الحُرْمةِ إلاّ أنّ في بعضِها تَثْبُتُ الحُرْمةُ بنفسِ النِّكاحِ، وفي بعضِها يُشْتَرَطُ الدُّخولُ، وقد بَيّنّا جُمْلةَ ذلك في مواضعِها.

فصل [في الإرث]

ومنها: الإرثُ من الجانِبَيْنِ جميعًا لقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ﴾ [النساء:١٢] إلى قولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء:١٢].

---

(١) تقدم.

(٢) في المخطوط: «مشرقيٌّ».

(٣) في المخطوط: «النفقات».

فصل [في وجوب العدل بين النساء]

ومنها: وُجوبُ العدْلِ بين النِّساءِ في حُقوقِهِنّ. وجُمْلةُ الكلامِ فيه أنّ الرّجُلَ لا يخلو إمَّا أنْ يكونَ له أكثرَ من امرأةٍ واحِدةٍ وإمَّا أنْ كانتْ له امرأةٌ واحِدةٌ، فإنْ كان له أكثرُ من امرأةٍ، فعليه العدْلُ بينهُنّ في حُقوقِهِنّ من القسمِ والنّفَقةِ والكِسوةِ، وهو التّسوِيةُ بينهُنّ في ذلك حتّى لو كانتْ تحته امرأتانِ حُرّتانِ أو أمَتانِ يجبُ عليه أنْ يَعدِلَ بينهما في المأكولِ والمشروبِ والملْبوسِ والسّكْنَى والبيتوتةِ. والأصلُ فيه قولُه عزَّ وجَلَّ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ [النساء: ٣] عقيبَ قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣] أي: إنْ خِفتُم أنْ لا تَعدِلوا في القسمِ والنّفَقةِ في نِكاحِ المثْنَى، والثّلاثِ، والرّباعِ، فواحِدةً نَدَبَ سبحانه وتعالى إلى نِكاحِ الواحِدةِ عندَ خَوْفِ تركِ العدْلِ في الزِّيادةِ، وإنّما يُخافُ على تركِ الواجِبِ، فدَلَّ أنّ العدْلَ بينهُنّ في القسمِ والنّفَقةِ واجبٌ، وإليه أشارَ في آخِرِ الآيةِ بقولِه: ﴿ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ أي: تجوروا، والجوْرُ حَرامٌ، فكان العدْلُ واجبًا ضرورةً؛ ولأنّ العدْلَ مَأمورٌ به لقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾ [النحل: ٩٠] على العُمومِ والإطلاقِ إلاَّ ما خُصّ أو قُيِّدَ بدليلٍ. ورُوِيَ عن أبي قِلابةَ أنّ النّبيَّ ﷺ كان يَعدِلُ بين نِسائه في القِسمةِ، ويقولُ: «**اللّهُمّ هذه قِسمَتي فيما أملِكُ، فلا تُؤاخِذْني فيما تَملِكُ أنتَ، ولا أملِكُ**» (١)، وعن أبي هريرةَ رضي الله عنه عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «**مَنْ كان له امرأتانِ، فمالَ إلى إحداهما دونَ الأُخرى جاء يومَ القيامةِ، وشِقُّه مائلٌ**» (٢)، ويستَوِي في القسمِ البِكْرُ، والثّيِّبُ والشّابَّةُ والعجوزُ، والقديمةُ والحديثةُ والمسلمةُ والكتابيّةُ؛ لما ذكرنا من الدّلائلِ من غيرِ فصلٍ؛ ولأنّهما يستَوِيانِ في سببِ وُجوبِ [القسمِ، وهو] (٣)

---

(١) ضعيف: رواه الترمذي، كتاب النكاح، باب: ما جاء في التسوية بين الضرائر، حديث (١١٤٠)، وأبو داود، كتاب النكاح، باب: في القسم بين النساء، حديث (٢١٣٤)، والنسائي، حديث (٣٩٤٣)، وابن ماجه، حديث (١٩٧١)، وابن حبان (١٠/ ٥)، حديث (٤٢٠٥)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٢٠٤)، حديث (٢٧٦١). وانظر التلخيص الحبير (٣/ ١٣٩)، حديث (١٤٦٦)، ونصب الراية (٣/ ٢١٤)، وضعيف الجامع (٤٥٩٣)، والإرواء (٢٠١٨).

(٢) أخرجه أبو داود، كتاب النكاح، باب: في القسم بين النساء، حديث (٢١٣٣)، والترمذي، حديث (١١٤١)، والنسائي، حديث (٣٩٤٢)، وابن ماجه، حديث (١٩٦٩)، وهو صحيح. وانظر صحيح الجامع (٦٥١٥)، وصحيح الترغيب (١٩٤٩).

(٣) ليست في المخطوط.

النِّكاحُ، فيستَوِيانِ في وُجوبِ القسمِ، ولا قَسمَ للمَمْلوكاتِ بمِلْكِ اليمينِ أي: لا ليلةَ لهُنّ، وإنْ كثُرْنَ لقولِهِ عزَّ وجَلَّ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء:٣] قَصرَ الإباحةَ في النِّكاحِ على عَدَدٍ لتَحقُّقِ الجوْرِ في الزِّيادةِ.

ثمّ نَدَبَ سبحانه وتعالى إلى نِكاحِ [٢/ ٥٥ب] الواحِدةِ عندَ خَوْفِ الجوْرِ في الزِّيادةِ، وأباحَ من مِلْكِ اليمينِ من غيرِ عَدَدٍ، فدَلَّ أنّه ليس فيه خَوْفُ الجوْرِ، وإنّما لا يكونُ إذا لم يكنْ لهُنّ قَسمٌ إذْ لو كان؛ لَكان فيه خَوْفُ الجوْرِ كما في المنْكوحةِ؛ ولأنّ سببَ الوُجوبِ هو النِّكاحُ، ولم يوجَدْ.

ولو كانتْ إحداهما حُرَّةً، والأُخرى أمةً، فللحُرَّةِ يومانِ، وللأمةِ يومٌ لما رُوِيَ عن عَليٍّ رضيَ الله عنه موقوفًا عليه، ومرفوعًا إلى النّبيِّ - ﷺ - أنّه قال: «للحُرَّةِ (ثُلُثانِ من)[1] القسمِ، وللأمةِ الثُّلُثُ»[2]؛ ولأنّهما ما استويا في سببِ الوُجوبِ، وهو النِّكاحُ، فإنّه لا يجوزُ نِكاحُ الأمةِ بعدَ نِكاحِ الحُرَّةِ، ولا مع نِكاحِها.

وكذا لا يجوزُ للعبدِ أنْ يتزوّجَ بأكثرَ من اثْنَتَيْنِ، وللحُرِّ أنْ يتزوّجَ بأربعِ نِسوةٍ، فلم يتساوَيا في السّببِ، فلا يتساوَيانِ في الحكمِ بخلافِ المسلمةِ مع الكتابيّةِ؛ لأنّ الكتابيّةَ يجوزُ نِكاحُها قبلَ المسلمةِ وبعدَها ومعها. وكذا للذِّمِّيِّ أنْ يَجْمع بين أربعِ نِسوةٍ كالحُرِّ المسلمِ، فتَساوَيا في سببِ الوُجوبِ، فيتساوَيانِ في الحكمِ؛ ولأنّ الحُرِّيّةَ تُنْبِئُ عن الكمالِ، والرِّقُّ يُشْعِرُ بنُقْصانِ الحالِ، وقد ظهر أثرُ النُّقْصانِ في الشّرعِ في المالِكيّةِ وحِلِّ المحَلِّيّةِ والعِدَّةِ والحدِّ وغيرِ ذلك، فكذا في القسمِ، وهذا التّفاوُتُ في السّكْنَى، والبيتوتةِ يسكُنُ عندَ الحُرَّةِ ليلتَيْنِ. وعندَ الأمةِ ليلةً.

فأمّا في المأكولِ والمشروبِ، والملْبوسِ، فإنّه يُسَوِّي بينهما؛ لأنّ ذلك من الحاجاتِ اللّازمةِ، فيستَوِي فيه الحُرَّةُ والأمةُ والمريضُ في وُجوبِ القسمِ عليه كالصّحيحِ لما رُوِيَ أنّ رسولَ اللّه ﷺ استأذَنَ نِساءَه في مرَضِ موتِه أنْ يكونَ في بيتِ عائشةَ رضي الله

---

(١) في المخطوط: «الثلثان في».

(٢) رواه البيهقي في الكبرى (٧/ ٢٩٩)، حديث (١٤٥٢٧) موقوفًا على عليّ أنه قال: إذا نُكِحَت الحرة على الأمة فلهذه الثلثان ولهذه الثلث. وقال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ١٧٥): وفيه المنهال بن عمرو وفيه مقال، وعباد الأسدي ضعيف، وقال في التنقيح: قال البخاري: فيه نظر، وحكى ابن الجوزي عن ابن المديني أنه ضعفه.

عنها [(١)]، فلو [(٢)] سَقَطَ القسمُ بالمرَضِ لم يكنْ للاستِئْذانِ معنًى، ولا قَسمَ على الزّوْجِ إذا سافر حتّى لو سافر بإحداهما، وقَدِمَ من السّفَرِ، وطَلَبَتِ الأُخرى أنْ يسكُنَ عندَها مُدَّةَ السّفَرِ، فليس لها ذلك [(٣)]؛ لأنّ مُدَّةَ السّفرِ ضائعةٌ بدليلِ أنّ له أنْ يُسافرَ وحْدَه دونَهُنّ لكنِ الأفضلُ أنْ يُقْرِعَ بينهُنّ، فيخرجُ بمن خرجتْ قرعَتُها تَطْييبًا لقُلوبهنّ دَفْعًا لتُهْمةِ الميْلِ عن نفسِه، هكذا كان يَفْعَلُ رسولُ اللّه ﷺ إذا أرادَ السّفر [(٤)] أقرَعَ بين نِسائه [(٥)].

وقال الشافعيُّ: إنْ [(٦)] سافر بها بقرعةٍ، فكذلك. فأمّا إذا سافر بها بغيرِ قرعةٍ، فإنّه يقسِمُ للباقياتِ [(٧)]، وهذا غيرُ سَديدٍ؛ لأنّ بالقرعةِ لا يُعرَفُ أنّ لها حَقًّا في حالةِ السّفَرِ أو لا، فإنّها لا تَصْلُحُ لإظهارِ الحقّ أبَدًا لاختِلافِ عَمَلِها في نفسِها، فإنّها لا تخرُجُ على وجهٍ واحِدٍ بل مرّةً هكذا، ومرّةً هكذا، والمختلَفُ [فيه] [(٨)] لا يصلُحُ دليلاً على شيءٍ. ولو وهَبَتْ إحداهما قَسمَها لصاحِبَتِها أو رَضيَتْ بتركِ قَسمِها؛ جاز؛ لأنّه حَقٌّ ثبت لها، فلَها أنْ تستَوْفيَ، ولها أنْ تَتْرُكَ.

وقد رُوِيَ أنّ سَوْدَةَ بنتَ زَمْعةَ رضي الله عنها لَمّا كبُرَتْ، وخَشيَتْ أنْ يُطَلِّقَها

---

(١) أخرجه البخاري، كتاب: فرض الخمس، باب: ما جاء في بيوت أزواج النبي ﷺ، حديث (٣٠٩٩)، ومسلم، كتاب الصلاة، باب: استخلاف الإمام إذا عرض له عذر من مرض وسفر وغيرهما، حديث (٤١٨) عن عائشة رضي الله عنها - زوج النبي ﷺ - قالت: لما ثَقُل رسول الله ﷺ استأذن أزواجه أن يُمَرَّض في بيتي فأَذِنَّ له.
(٢) في المخطوط: «ولو».
(٣) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (ص٢/ ٥٢٢)، مختصر الطحاوى (١٩٠)، المبسوط (٥/ ٢١٩)، شرح فتح القدير (٣/ ٤٣٥ - ٤٣٦)، البناية في شرح الهداية (٤/ ٨٠٠، ٨٠١).
(٤) في المخطوط: «سفرًا».
(٥) أخرجه البخاري، كتاب: الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب: هبة المرأة لغير زوجها وعتقها إذا كان لها زوج فهو جائز إذا لم تكن سفيهة فإذا كانت سفيهة لم يجز، حديث (٢٥٩٤)، ومسلم، كتاب فضائل الصحابة، باب: في فضل عائشة رضي الله تعالى عنها، حديث (٢٤٤٥)، وأبو داود، حديث (٢١٣٨)، وابن ماجه حديث (١٩٧٠).
(٦) في المخطوط: «إذا».
(٧) مذهب الشافعية: أن من تحته أكثر من زوجة وأراد السفر ببعض زوجاته وجب عليه أن يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها، انظر: الوسيط في المذهب (٥/ ٣٠٠)، روضة الطالبين (٧/ ٣٦٢)، مغني المحتاج (٣/ ٢٥٧، ٢٥٨).
(٨) ليست في المخطوط.

رسولُ اللَّه ﷺ جعلتْ يومَها لعائشةَ رضي الله عنها [(١)]، وقيلَ: فيها نزل قوله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحًاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌۗ﴾ [النساء:١٢٨]، والمُرادُ من الصُّلْحِ هو الذي جَرى بينهما كذا قاله ابنُ عبّاسٍ رضي الله عنهما.

فإنْ رجعتْ عن ذلك، وطَلَبَتْ قَسمَها، فلَها ذلك؛ لأنّ ذلك كُلَّه كان إباحةً منها، والإباحةُ لا تكونُ لازِمةً كالمُباحِ له الطّعامُ أنّه يملِكُ المُبيحُ مَنْعَه، والرّجوعَ عن ذلك.

ولو بَذَلَتْ واحِدةٌ منهُنّ مالاً للزَّوْجِ؛ ليجعلَ لها في القسمِ أكثرَ مِمَّا تستَحِقُّه لا يَحِلُّ للزَّوْجِ أنْ يَفْعَلَ، ويَرُدَّ ما أخذه [(٢)] منها؛ لأنه رِشْوةٌ؛ لأنّه أخذ المالَ لمَنْعِ الحقِّ عن المُستَحِقِّ.

وكذلك لو بَذَلَ الزّوْجُ لواحِدةٍ منهُنّ مالاً لتجعَلَ نَوْبَتَها لصاحِبَتِها أو بَذَلَتْ هي لصاحِبَتِها مالاً لتَترُكَ نَوْبَتَها لها لا يجوزُ شيءٌ من ذلك، ويُستَرَدُّ المالُ؛ لأنّ هذا مُعاوَضةُ القسمِ بالمالِ، فيكونُ في معنى البيْعِ، وأنّه لا يجوزُ كذا هذا، هذا إذا كان له امرأتانِ أو أكثرُ من ذلك.

فأمَّا إذا كانتْ له امرأةٌ واحِدةٌ؛ فطالَبَتْه بالواجبِ لها ذكر القُدوريُّ روايةَ الحسَنِ عن أبي حنيفةَ أنّه قال: إذا تَشاغَلَ الرّجُلُ عن زَوْجَتِه بالصِّيامِ أو بالصّلاةِ أو بأمةٍ اشتَراها قَسَمَ لامرأتِه من كُلِّ أربعةِ أيّام يومًا، ومن كُلِّ أربعِ لَيالٍ ليلةً، وقيلَ له تَشاغَلْ ثلاثةَ أيّام، وثلاثَ لَيالٍ بالصّومِ أو بالأمةِ، وهكذا (كان الطّحاوِيُّ يقولُ) [(٣)]: إنّه يجعلُ [(٤)] لها يومًا واحِدًا يسكُنُ عندَها وثلاثةَ أيّامٍ ولَياليها يتفرَّغُ للعِبادةِ وأشغالِه.

(وجه هذا [١٥٦/٢] القولِ ما ذكره محمدٌ في كتابِ النكاحِ): أنّ امرأةً رفعتْ زَوْجَها إلى عمرَ رضي الله عنه وذكرتْ أنّه يَصُومُ النّهارَ، ويقومُ الليلَ، [فقال عمرُ رضي الله عنه ما أحسَنَكِ ثَناءً على بَعلِكِ، فقال: كعبٌ يا أميرَ المُؤْمِنينَ إنّها تشكو إليكَ زَوْجَها، فقال عمرُ رضي الله عنه: وكيفَ ذلك؟ فقال كعبٌ إنّه إذا صامَ النّهارَ، وقامَ الليلَ، فكيفَ يتفرَّغُ

---

(١) رواه البخاري، كتاب النكاح، باب: المرأة تهب يومها من زوجها لضرتها...، حديث (٥٢١٢)، وأبو داود، حديث (٢١٣٨)، وابن ماجه، حديث (١٩٧٢)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٦٨)، حديث (٢٣٥٣). وانظر التلخيص الحبير (٣/ ٢٠٣).

(٢) في المخطوط: «أخذ».

(٣) في المخطوط: «ذكر الطحاوي».

(٤) في المخطوط: «جعل».

لها] (١)، فقال عمرُ رضي الله عنه لكَعبٍ: احكم بينهما، فقال: أراها إحدى نِسائه الأربعِ يُفْطِرُ لها يومًا، ويَصُومُ ثلاثةَ أيّامٍ، فاستحسَنَ ذلك منه عمرُ رضي الله عنه ووَلاَّه قضاءَ البصْرةِ (٢) ذكر محمّدٌ هذا في كتابِ النِّكاحِ، ولم يذكرْ أنّه يَأخُذُ بهذا القولِ.

وذكر الجصّاصُ أنّ هذا ليس مذهبَنا؛ لأنّ المُزاحَمةَ في القسمِ إنّما تحصُلُ بمُشارَكاتِ الزّوْجاتِ، فإذا لم يكنْ له زَوْجةٌ غيرُها لم تَتَحَقَّقِ المُشارَكةُ، فلا يقسِمُ لها، وإنّما يُقالُ له لا تُداوِمِ على الصّومِ، ووَفِّ المرأةَ حَقَّها كذا قاله الجصّاصُ.

وذكر القاضي في شرحِه مختصَرَ الطّحاوِيِّ أنّ أبا حنيفةَ كان يقولُ: أوّلاً كما رَوَى الحسَنُ عنه لما أشارَ إليه كعبٌ، وهو أنّ للزَّوْجِ أنْ يُسقِطَ حَقَّها عن ثلاثةِ أيّام بأنْ يتزوّجَ ثلاثًا أُخَرَ سِواها، فلَمَّا لم يتزوّجْ، فقد جعل ذلك لنفسِه، فكان الخيارُ له في ذلك، فإنْ شاء؛ صَرف ذلك إلى الزّوْجاتِ، وإنْ شاء؛ صَرفه إلى صيامِه، وصلاتِه، وأشغالِه، ثمّ رجع عن ذلك. وقال: هذا ليس بشيءٍ؛ لأنّه لو تَزَوّجَ أربعًا، فطالَبنَ بالواجبِ منه يكونُ لكُلِّ واحِدةٍ منهُنّ ليلةٌ من الأربعِ، فلو جَعَلْنا هذا حَقًّا لكُلِّ واحِدةٍ منهُنّ لا يتفرَّغُ لأعمالِه، فلم يوَقِّتْ في هذا وقتًا. وإنْ كانتِ المرأةُ أمةً؛ فعلى قولِ أبي حنيفةَ أخيرًا إنْ صَحَّ الرّجوعُ لا شَكَّ أنّه لا يقسِمُ لها كما لا يقسِمُ للحُرَّةِ من طَريقِ الأولى، وعلى قولِه الأوّلِ، وهو قولُ الطّحاوِيِّ يجعلُ لها ليلةً من كُلِّ سبعِ لَيالٍ؛ لأنّ للزَّوْجِ حَقَّ إسقاطِ حَقِّها عن سِتَّةِ أيّام، والاقتصار على يومٍ واحِدٍ بأنْ يتزوّجَ عليها ثلاثَ حَرائرَ؛ لأنّ للحُرَّةِ ليلتَيْنِ، وللأمةِ ليلةً واحِدةً، فلَمَّا لم يتزَوّجْ، فقد جعل ذلك لنفسِه فكان بالخيارِ إنْ شاء؛ صَرف ذلك إلى الزّوْجاتِ، وإنْ شاء؛ صَرفه (٣) إلى الصّومِ والصّلاةِ، وإلى أشغالِ نفسِه، والإشكالُ عليه ما نُقِلَ عن أبي حنيفةَ، وما ذكره الجصّاصُ أيضًا، واللَّه عَزَّ وجَلَّ الموفِّقُ.

فصل [في طاعة الزوج]

ومنها: وُجوبُ طاعةِ الزّوْجِ على الزّوْجةِ إذا دَعاها إلى الفِراشِ لقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٢٨] قِيلَ: لها المهْرُ والنّفَقةُ، وعليها أنْ تُطيعَه في نفسِها،

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه»، (٧/ ١٤٩)، برقم (١٢٥٨٧)، (١٢٥٨٨).

(٣) في المخطوط: «صرف».

وتحفظَ غَيْبَتَه؛ ولأنّ اللَّهَ عَزَّ وجَلَّ أمرَ بتأديبهنّ بالهجْرِ والضّرْبِ عندَ عَدَمِ طاعَتِهِنّ، ونَهى عن [١] طاعَتِهِنّ بقولِه عَزَّ وجَلَّ: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء:٣٤]، فدَلَّ أنّ التّأديبَ كان لتركِ الطّاعةِ، فيَدُلُّ على لُزومِ طاعَتِهِنّ الأزواجَ.

فصل [في ولاية التأديب للزوج إذا لم تطعه]

ومنها: ولايةُ التّأديبِ للزَّوْجِ إذا لم تُطِعه فيما يلزَمُ طاعَتُه بأنْ كانتْ ناشِزةً، فلَه أنْ يُؤَدِّبَها لكنْ على التّرْتيبِ، فيَعِظُها أوّلاً على الرِّفْقِ واللِّينِ بأنْ يقولَ لها كوني من الصّالِحاتِ القانِتاتِ الحافِظاتِ للغَيْبِ ولا تكوني من كذا وكذا، فلَعَلَّ تقبَلُ الموعِظةَ، فتَتْرُكُ النُّشوزَ، فإنْ نَجَعَتْ فيها الموعِظةُ، ورجعتْ إلى الفِراشِ وإلاّ هَجَرَها.

وقيلَ: يُخَوِّفُها بالهجْرِ أوّلاً والاعتِزالِ عنها، وتركِ الجِماعِ والمُضاجَعةِ، فإنْ تركتْ وإلاّ هَجَرَها لَعَلَّ نفسَها لا تحتمِلُ الهجْرَ [٢].

ثمّ اختُلِفَ في كيفيّةِ الهجْرِ قِيلَ يَهْجُرُها بأنْ لا يُجامعَها، ولا يُضاجِعَها على فِراشِه، وقيلَ يَهْجُرُها بأنْ لا يُكلِّمَها في حالِ مُضاجَعَتِه إيّاها لا أنْ يَتْرُكَ جِماعَها ومُضاجَعَتَها؛ لأنّ ذلك حَقٌّ مشترَكٌ بينهما، فيكونُ في ذلك عليه من الضّرَرِ ما عليها، فلا يُؤَدِّبُها بما [٣] يَضُرُّ بنفسِه، ويُبْطِلُ حَقَّه.

وقيل: يَهْجُرُها بأنْ يُفارِقَها في المضْجَعِ، ويُضاجِعَ أُخرى في حَقِّها وقَسمِها؛ لأنّ حَقَّها عليه في القسمِ في حالِ الموافَقةِ وحِفْظِ حُدودِ اللَّه تعالى لا في حالِ التّضْييعِ وخَوْفِ النُّشوزِ والتّنازُعِ وقيلَ يَهْجُرُها بتركِ مُضاجَعَتِها، وجِماعِها لوقتِ غَلَبةِ شهوَتِها، وحاجَتِها لا في وقتِ حاجَتِه إليها؛ لأنّ هذا للتّأديبِ والزّجْرِ، فينبغي أنْ يُؤَدِّبَها لا أنْ يُؤَدِّبَ نفسَه بامتِناعِه عن المُضاجَعةِ في حالِ حاجَتِه إليها، فإذا هَجَرَها، فإنْ تركتِ النُّشوزَ، وإلاّ ضربها عندَ ذلك ضَرْبًا غيرَ مُبرِّحٍ، ولا شائنٍ، والأصلُ فيه قولُه عَزَّ وجَلَّ: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء:٣٤].

فظاهِرُ الآيةِ وإنْ كان بحَرْفِ الواوِ الموضوعةِ للجَمْعِ المُطْلَقِ لكنّ المُرادَ منه الجمعُ

---

(١) في المخطوط: «عند».
(٢) في المخطوط: «الهجران».
(٣) في المخطوط: «فيما».

على سبيلِ التّرْتيبِ، والواوُ تحتمِلُ ذلك، فإنْ نَفَعَ الضّرْبُ، وإلاَّ رُفِعَ الأمرُ إلى القاضي ليوَجِّهَ إليهما حَكَمَيْنِ حَكَمًا من أهلِه، وحَكَمًا من أهلِها [٢/ ٥٦أ] [كما قال اللَّه تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ] [(١)] إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ﴾ [النساء:٣٥].

وسبيلُ هذا سبيلُ الأمرِ بالمعروفِ والنّهْيِ عن المُنْكَرِ في حَقِّ سائرِ النّاسِ أنّ الآمِرَ يَبْدَأُ بالموعِظةِ على الرِّفْقِ واللِّينِ دونَ التّغْليظِ في القولِ، فإنْ قَبِلَتْ، وإلاَّ غَلَّظَ القولَ به، فإنْ قُبِلَتْ، وإلاَّ بَسَطَ يَدَه فيه، وكذلك إذا ارتَكَبَتْ محظورًا سِوَى النُّشوزِ ليس فيه حَدٌّ مُقَدَّرٌ، فلِلزَّوْجِ أنْ يُؤَدِّبَها تَعزيرًا لها؛ لأنّ للزَّوْجِ أنْ يُعَزِّرَ زَوْجَتَه كما للمولى أنْ يُعَزِّرَ مَمْلوكَه.

فصل [في المعاشرة]

ومنها: المُعاشَرةُ بالمعروفِ، وأنّه مندوبٌ إليه، ومُستَحَبٌّ قال اللَّه تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء:١٩] قِيلَ هي [(٢)] المُعاشَرةُ بالفضْلِ والإحسانِ قولاً وفعلاً وخُلُقًا قال النّبيُّ ﷺ: «خيرُكم خيرُكم لأهلِه، وأنا خيرُكم لأهلي» [(٣)].

وقيلَ: المُعاشَرةُ بالمعروفِ هي أنْ تُعامِلَها بما لو فُعِلَ بك مثلُ ذلك لم تُنْكِرْه، بل تَعرِفُه وتقبَلُه وترضَى به، وكذلك من جانِبِها هي مندوبةٌ إلى المُعاشَرةِ الجميلةِ مع زَوْجِها بالإحسانِ باللِّسانِ، واللُّطْفِ في الكلامِ، والقولِ [(٤)] المعروفِ الذي يَطيبُ به نفسُ الزّوْجِ، وقيلَ في قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٢٨] أنّ الذي عليهِنّ من حيث الفضْلُ والإحسانُ هو أنْ يُحْسِنّ إلى أزواجِهِنّ بالبِرِّ باللِّسانِ، والقولِ بالمعروفِ، واللَّه - عَزَّ وجَلَّ - أعلمُ.

ويُكْرَه للزّوْجِ أنْ يَعزِلَ عن امرأتِه [(٥)] الحُرّةِ بغيرِ رِضاها؛ لأنّ الوَطْءَ عن إنزالٍ سببٌ لحُصُولِ الوَلَدِ، ولها في الوَلَدِ حَقٌّ، وبالعزلِ يَفوتُ الوَلَدُ، فكأنّه سببًا لفَواتِ حَقِّها، وإنْ

(١) ليست في المخطوط. (٢) في المخطوط: «هو».

(٣) صحيح: رواه الترمذي، كتاب المناقب، باب: فضل أزواج النبي ﷺ، حديث (٣٨٩٥)، وابن ماجه، حديث (١٩٧٧)، وابن حبان في صحيحه (٩/ ٤٨٤)، حديث (٤١٧٧)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ٤٦٨)، والطبراني في الأوسط (٦/ ١٨٧)، حديث (٦١٤٥).

(٤) في المخطوط: «قول». (٥) في المخطوط: «زوجته».

كان العزْلُ برِضاها لا يُكْرَه؛ لأنّها رَضيَتْ بفَواتِ حَقِّها، ولِما رُوِيَ عن رسولِ اللّه ﷺ أنّه قال: «(اعزلوهن أو لا تعزلوهن) [١] إن الله تعالى إذا أراد خلق نسمة فهو خالقها» [٢] إلاّ أنّ العزْلَ حالَ عَدَمِ الرِّضا صار مخصُوصًا، وكذلك إذا كانتِ المرأةُ أمةَ الغيرِ أنّه يُكْرَه العزْلُ عنها من غيرِ رِضا لكنْ يُحْتاجُ إلى رِضاها أو رِضا مولاها قال أبو حنيفةَ: الإذنُ في ذلك إلى المولى. وقال أبو يوسفَ، ومحمّدٌ: إليها.

(وجه قولِهما): أنّ قضاءَ الشهوةِ حَقُّها، والعزْلُ يوجِبُ نُقْصانًا في ذلك، ولأبي حنيفةَ أنّ كراهةَ العزْلِ لصيانةِ الوَلَدِ، والوَلَدُ له لا لها، واللّه عَزَّ وجَلَّ أعلمُ.

فصل [في النكاح الفاسد]

وأمّا النّكاحُ الفاسِدُ، فلا حكمَ له قبلَ الدُّخولِ، وأمّا بعدَ الدُّخولِ، فيتعَلَّقُ به أحكامٌ منها ثُبوتُ النّسَبِ ومنها وُجوبُ العِدَّةِ، وهو حكمُ الدُّخولِ في الحقيقةِ ومنها وُجوبُ المهْرِ. والأصلُ فيه أنّ النّكاحَ الفاسِدَ ليس بنِكاحٍ حقيقةً لانعِدامِ مَحَلِّه أعني مَحَلَّ حكمِه، وهو المِلْكُ؛ لأنّ المِلْكَ يَثْبُتُ في المنافِعِ، ومَنافِعُ البُضْعِ مُلْحَقةٌ بالأجزاءِ، والحُرُّ بجميعِ أجزائه ليس مَحَلاًّ [٣] للمِلْكِ؛ لأنّ الحُرِّيّةَ خُلوصٌ، والمِلْكُ يُنافي الخلوصَ؛ ولأنّ المِلْكَ في الآدَميِّ لا يَثْبُتُ إلاّ بالرِّقِّ، والحُرِّيّةُ تُنافي الرِّقَّ إلاّ أنّ الشّرعَ أسقَطَ اعتِبارَ المُنافي في النِّكاحِ الصّحيحِ لحاجةِ النّاسِ إلى ذلك، وفي النِّكاحِ الفاسِدِ بعدَ الدُّخولِ لحاجةِ النّاكِحِ إلى دَرْءِ الحدِّ وصيانةِ مائه عن الضّياعِ بثَباتِ النّسَبِ ووُجوبِ العِدَّةِ وصيانةِ البُضْعِ المُحْتَرَمِ عن

---

(١) في المخطوط: «اعزلوا أو لا تعزلوا».

(٢) لم أجده هكذا، وأخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب: بيع الرقيق، حديث (٢٢٢٩)، من طريق ابن مُحيريز أن أبا سعيد الخدري رضي الله عنه أخبره أنه بينما هو جالس عند النبي ﷺ قال: يا رسول الله إنا نصيب سَبْيًا فنحب الأثمان فكيف ترى في العزل فقال: «أو إنكم تفعلون ذلك لا عليكم أن لا تفعلوا ذلكم فإنها ليست نسمة كتب الله أن تخرج إلا هي خارجة»، ومسلم، كتاب النكاح، باب: حكم العزل، حديث (١٤٣٨)، وأبو داود، حديث (٢١٧٠)، بلفظ: «... فإنه ليست نفس مخلوقة إلا الله خالقها»، والنسائي في الكبرى (٤/ ٤٠٣)، حديث (٧٦٩٨)، وأحمد في مسنده (٣/ ٦٣)، حديث (١١٦٢٠) من حديث أبي صِرْمة المازني وأبي سعيد الخدري قالا: أصبنا سبايا في غزوة بني المصطلق وهي الغزوة التي أصاب فيها رسول الله ﷺ جُويرية وكان منا من يريد أن يتخذ أهلا ومنا من يريد أن يستمتع ويبيع فتراجعنا في العَزْل فذكرنا ذلك للنبي ﷺ فقال: «ما عليكم أن لا تعزلوا فإن الله قدر ما هو خالق إلى يوم القيامة» وهو صحيح، وانظر صحيح الجامع (٥٦٤٣).

(٣) في المخطوط: «بمحلٍ».

الاستِعمالِ من غيرِ غَرامةٍ، ولا عُقوبةَ توجِبُ [(١)] المهْرَ، فجُعِلَ مُنْعَقِدًا في حَقِّ المنافِعِ المُستَوْفاةِ لهذه الضّرورةِ، ولا ضرورةَ قبلَ استيفاءِ المنافِعِ، وهو ما قبلَ الدُّخولِ، فلا يُجْعَلُ مُنْعَقِدًا قبلَه، ثمّ الدّليلُ على وُجوبِ مَهْرِ المثلِ بعدَ الدُّخولِ ما رُوِيَ عن رسولِ اللّٰه ﷺ أنّه قال: «**أيُما امرأةٍ أنكَحَتْ نفسَها بغيرِ إذنِ مواليها، فنِكاحُها باطِلٌ، فإنْ دخل بها، فلَها مَهرُ مثلِها**» [(٢)] جعل ﷺ لها مَهْرَ المثلِ فيما له حكمُ النّكاحِ الفاسِدِ، وعَلَّقَه بالدُّخولِ، فدَلَّ أنّ وُجوبَه مُتَعَلِّقٌ به، ثمّ اختُلِفَ في تقديرِ هذا المهْرِ، وهو المُسَمَّى بالعُقْرِ.

قال أصحابُنا الثّلاثةُ: [لا] [(٣)] يجبُ الأقَلُّ من مَهْرِ مثلِها ومن المُسَمَّى. وقال زُفَرُ: يجبُ مَهْرُ المثلِ بالِغًا ما بَلَغَ. وكذا [(٤)] هذا الخلافُ في الإجارةِ الفاسِدةِ.

(وجه قولِ زُفر): أنّ المنافِعَ تَتقَوّمُ بالعقدِ الصّحيحِ والفاسِدِ جميعًا كالأعيانِ، فيلزَمُ إظهارُ أثرِ التّقوُّمِ، وذلك بإيجاب مَهْرِ المثلِ بالِغًا ما بَلَغَ؛ لأنّه قيمةُ مَنافِعِ البُضْعِ، وإنّما العُدولُ إلى المُسَمَّى عندَ صِحَّةِ التّسميةِ، ولم تَصِحَّ؛ لهذا المعنى أوجَبنا كمالَ القيمةِ في العقدِ [(٥)] الفاسِدِ كذا ههنا.

(ولَنا): أنّ العاقِدَيْنِ ما قَوّما المنافِعَ بأكثرَ من المُسَمَّى، فلا تَتقَوّمُ بأكثرَ من المُسَمَّى، فحَصَلَتِ [(٦)] الزّيادةُ مُستَوْفاةً من غيرِ عَقْدٍ، فلم تكُنْ لها قيمةٌ إلاّ أنّ مَهْرَ المثلِ إذا كان أقَلَّ من المُسَمَّى لا يَبْلُغُ به المُسَمَّى [٢/ ٥٧أ]؛ لأنّها رَضِيَتْ بذلك القدرِ لرِضاها بمَهْرِ مثلِها، واختُلِفَ أيضًا في وقتِ وُجوبِ العِدَّةِ أنّها من أيِّ وقتٍ تُعتَبَرُ.

قال أصحابُنا الثّلاثةُ: إنّها تجبُ من حينِ يُفَرَّقُ بينهما. وقال زُفَرُ: من آخِرِ وطْءٍ وطِئَها حتّى لو كانتْ قد حاضَتْ ثلاثَ حيَضٍ بعدَ آخِرِ وطْءٍ وطِئَها قبلَ التّفْريقِ، فقد انقضَتْ عِدَّتُها عندَه.

(وجه قولِه): أنّ العِدَّةَ تجبُ بالوَطْءِ؛ لأنّها تجبُ لاستِبْراءِ الرّحِمِ، وذلك حكمُ الوَطْءِ ألا ترى أنّها لا تجبُ قبلَ الوَطْءِ، وإذا كان وُجوبُها بالوَطْءِ تجبُ عَقيبَ الوَطْءِ بلا فصلٍ كأحكامِ سائرِ العِلَلِ.

---

(١) في المخطوط: «بموجب».
(٢) تقدم.
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) في المخطوط: «وكذلك».
(٥) في المخطوط: «البيع».
(٦) في المخطوط: «فجُعلت».

(ولَنا): أنّ النّكاحَ الفاسِدَ بعدَ الوَطْءِ مُنْعَقِدٌ في حَقِّ الفِراشِ لما بَيّنّا، والفِراشُ لا يزولُ قبلَ التّفْريقِ بدليلِ أنّه لو وطِئَها قبلَ التّفْريقِ لا حَدَّ عليه، ولا يجبُ عليه بتكرارِ الوَطْءِ إلاّ مَهْرٌ واحِدٌ. ولو وطِئَها بعدَ التّفْريقِ يلزَمُه الحدُّ، ولو دخلتْه شُبْهةٌ حتّى امتَنَعَ وُجوبُ الحدِّ يلزَمُه مَهْرٌ آخَرُ، فكان التّفْريقُ في النّكاحِ الفاسِدِ بمنزِلةِ الطّلاقِ في النّكاحِ الصّحيحِ، فيُعتَبَرُ [1] [ابتِداءُ] [2] العِدَّةِ منه كما تُعتَبَرُ من وقتِ الطّلاقِ في النّكاحِ الصّحيحِ والخلْوةِ في النّكاحِ الفاسِدِ لا توجِبُ العِدَّةَ؛ لأنّه ليس بنِكاحٍ حقيقةً إلاّ أنّه أُلْحِقَ بالنّكاحِ في حَقِّ المنافِعِ المُستَوْفاةِ حقيقةً مع قيامِ المنافِعِ لحاجةِ النّاكِحِ إلى ذلك، فيبقى في حَقِّ غيرِ المُستَوْفى على أصلِ العدَمِ، ولم يوجَدِ استيفاءُ المنافِعِ حقيقةً بالخلْوةِ [3]؛ ولأنّ الموجِبَ للعِدَّةِ في الحقيقةِ هو الوَطْءُ؛ لأنّها تجبُ لتُعرف بَراءةُ الرّحِمِ، ولم يوجَدْ حقيقةً إلاّ أنّا أقَمْنا التّمكينَ من الوَطْءِ في النّكاحِ الصّحيحِ مَقامه في حَقِّ حكمٍ يُحْتاطُ فيه لوُجودِ دليلِ التّمَكُّنِ، وهو المِلْكُ المُطْلَقُ، ولم يوجَدْ ههنا بخلافِ الخلْوةِ الفاسِدةِ في النّكاحِ الصّحيحِ أنّها توجِبُ العِدَّةَ إذا كان مُتَمَكِّنًا من الوَطْءِ حقيقةً، وإنْ كان مَمْنوعًا عنه شرعًا بسببِ الحيضِ أو الإحرامِ أو الصّومِ أو نحوِ ذلك؛ لأنّ هناك دليلُ الإطلاقِ شرعًا موجودٌ وهو المِلْكُ المُطْلَقُ إلاّ أنّه مُنِعَ منه لغيرِه، فكان التّمَكُّنُ ثابتًا، ودليلُه [4] موجودٌ، فيُقامُ مَقامَ المدلولِ في موضِعِ الاحتياطِ، وههنا بخلافِه، ولا يوجِبُ المهْرَ أيضًا؛ لأنّه (لَمّا لم يجبْ) [5] بها العِدَّةُ، فالمهْرُ أولى؛ لأنّ العِدَّةَ يُحْتاطُ في وُجوبِها، ولا يُحْتاطُ في وُجوبِ المهْرِ.

فصل [في بيان ما يرفع حكم النكاح]

وأمّا بيانُ ما يَرْفَعُ حكمَ النّكاحِ، فبيانُه بيانُ [6] ما تقَعُ به الفُرْقةُ بين الزّوْجَيْنِ، ولِوُقوعِ الفُرْقةِ بين الزّوْجَيْنِ أسبابٌ لكنّ الواقِعَ ببعضِها فُرْقةٌ بطَلاقٍ، وبعضُها فُرْقةٌ بغيرِ طَلاقٍ، وفي بعضِها يَقَعُ فُرْقةٌ بغيرِ قضاءِ القاضي، وفي بعضِها لا يَقَعُ إلاّ بقضاءِ القاضي، فنذكرُ جُمْلةَ ذلك بتَوْفيقِ اللّه عَزَّ وجَلَّ.

---

(١) في المخطوط: «فتعتبر».
(٢) ليست في المخطوط.
(٣) في المخطوط: «في الخلوة».
(٤) في المخطوط: «أو دليله».
(٥) في المخطوط: «كما لا تجب».
(٦) في المخطوط: «ببيان».

منها: الطّلاقُ بصَريحِه، وكِناياتِه، وله كتابٌ مُفْرَدٌ.

ومنها: اللِّعانُ ولا تقعُ الفُرْقةُ إلاَّ بتفريقِ القاضي عندَ أصحابِنا. وكذا في كيفيّةِ هذه الفُرْقةِ خلافٌ بين أصحابِنا نذكرُه إنْ شاء اللّه تعالى في كتابِ اللِّعانِ.

ومنها: اختيارُ الصّغيرِ أو الصّغيرةِ بعدَ البُلوغِ في خيارِ البُلوغِ، وهذه الفُرْقةُ لا تقعُ إلاَّ بتفريقِ القاضي بخلافِ الفُرْقةِ باختيارِ المرأةِ نفسِها في خيارِ العِتْقِ أنّها تَثْبُتُ بنفسِ الاختيارِ وقد بَيّنّا، وجهَ الفرقِ فيما تقدَّمَ، والفُرْقةُ في الخيارَيْنِ جميعًا تكونُ فُرْقةً بغيرِ طَلاقٍ، بل تكونُ فسخًا حتّى لو كان الزّوْجُ لم يدخلْ بها، فلا مَهْرَ لها أمّا في خيارِ العِتْقِ، فلا شَكَّ فيه؛ لأنّ الفُرْقةَ وقَعَتْ بسببٍ وُجِدَ منها، وهو اختيارُها نفسَها، واختيارُها نفسَها لا يجوزُ أنْ يكونَ طَلاقًا؛ لأنّها لا تَمْلِكُ الطّلاقَ إلاَّ إذا مُلِكَتْ كالمُخَيّرةِ، فكان فسخًا، وفَسخُ العقدِ رَفْعُه من الأصلِ، وجَعلُه كأنْ لم يكنْ. ولو لم يكنْ حقيقةً لم يكنْ لها مَهْرٌ، فكذا إذا الْتُحِقَ [1] بالعدَمِ من الأصلِ. وكذا في خيارِ البُلوغِ إذا كان مَنْ له الخيارُ هو المرأةُ، فاختارَتْ نفسَها قبلَ الدُّخولِ بها لما قلنا.

وأمّا إذا كان مَنْ له الخيارُ هو الغُلامُ، فاختارَ نفسَه قبلَ الدُّخولِ بها، فلا مَهْرَ لها أيضًا، وهذا فيه نوعُ إشكالٍ؛ لأنّ الفُرْقةَ جاءتْ من قِبَلِ الزّوْجِ، فيجبُ أنْ تكونَ فُرْقةً بطَلاقٍ، ويتعلّقُ بها نصفُ المهْرِ والانفِصالُ أنّ الشّرعَ أثبتَ له الخيارَ، فلا بُدَّ أنْ يكونَ مُفيدًا. ولو كان ذلك طَلاقًا، ووَجَبَ عليه المهْرُ لم يكنْ لإثباتِ الخيارِ معنًى؛ لأنّه يملِكُ الطّلاقَ، فإذًا لا فائدةَ في الخيارِ إلاَّ سُقوطُ المهْرِ. وإنْ كان قد دخل بها لا يسقُطُ المهْرُ؛ لأنّ المهْرَ قد تأكّدَ بالدُّخولِ، فلا يحتَمِلُ السّقوطَ بالفُرْقةِ، كما لا يحتَمِلُ السّقوطَ بالموتِ؛ ولأنّ الدُّخولَ استيفاءُ مَنافِعِ البُضْعِ، وأنّه أمرٌ خفيٌّ [2]، فلا يحتَمِلُ الارتِفاعَ من الأصلِ بالفسخِ بخلافِ العقدِ، فإنّه [٢/ ٥٧ب] أمرٌ شرعيٌّ، فكان مُحْتَمِلاً للفسخِ، ولأنّه لو فُسِخَ النّكاحُ بعدَ الدُّخولِ لَوَجَبَ عليه رَدُّ المنافِعِ المُستَوْفاةِ؛ لأنّه عاد البدلُ إليه، فوَجَبَ أنْ يَعودَ المُبْدَلُ إليها، وهو لا يقدِرُ على رَدِّها، فلا يُفْسَخُ، وإذا لم يقدِرْ على رَدِّها يَغْرَمُ قيمَتَها، وقيمَتُها هو المهْرُ المُسَمّى، فلا يُفيدُ؛ ولأنّه لَمّا استَوْفى المنافِعَ، فقد استَوْفى المعقودَ عليه، وهو المُبْدَلُ، فلا يسقُطُ البدلُ.

---

(١) في المخطوط: «أُلحق».

(٢) في المخطوط: «حقيقي».

ومنها: اختيارُ المرأةِ نفسَها لعَيْبِ الجبِّ، والعُنّةِ والخِصاءِ والخنوثةِ، والتّأخُّذِ بتفريقِ القاضي أو بنفسِ الاختيارِ، على ما بيّنّا، وأنّه فُرْقةُ بُطْلانٍ [١]؛ لأنّ سببَ ثُبوتِها حَصَلَ من الزّوْجِ، وهو المنْعُ من إيفاءِ حَقِّها المُستَحَقِّ بالنّكاحِ، وأنّه ظُلْمٌ وضَرَرٌ في حَقِّها إلاّ أنّ القاضيَ قام مَقامه في دَفْعِ [٢] الظُّلْم، والأصلُ أنّ الفُرْقةَ إذا حَصَلَتْ بسببٍ من جِهةِ الزّوْجِ مختصٍّ بالنّكاحِ أنْ تكونَ فُرْقةَ بُطْلانٍ [٣] حتّى لو كان ذلك قبلَ الدُّخولِ بها، وقبلَ الخلْوةِ، فلَها [نصفُ] [٤] المُسَمَّى إنْ كان في النّكاحِ تسميةٌ، وإنْ لم يكنْ فيه تسميةٌ، فلَها المُتْعةُ.

ومنها: التّفْريقُ لعَدَمِ الكفاءةِ أو لنُقْصانِ المهْرِ، والفُرْقةُ به فُرْقةٌ بغيرِ طَلاقٍ؛ لأنّها فُرْقةٌ حَصَلَتْ لا من جِهةِ الزّوْجِ، فلا يُمْكِنُ أنْ يُجْعَلَ ذلك طَلاقًا؛ لأنّه ليس لغيرِ الزّوْجِ ولايةُ الطّلاقِ، فيُجْعَلُ فسخًا، ولا تكونُ هذه الفُرْقةُ إلاّ عندَ القاضي لما ذكرنا في الفُرْقةِ بخيارِ البُلوغِ.

ومنها: إباءُ الزّوْجِ الإسلامَ بعدَ ما أسلَمَتْ زَوْجَتُه في دارِ الإسلامِ.

ومنها: إباءُ الزّوْجةِ الإسلامَ بعدَ ما أسلَمَ زَوْجُها المشرِكُ أو المجوسيُّ في دارِ الإسلامِ.

وجُمْلةُ الكلامِ فيه: أنّ الزّوْجَيْنِ الكافرَيْنِ إذا أسلَمَ أحدُهما في دارِ الإسلامِ، فإنْ كانا كتابيّيْنِ، فأسلَمَ الزّوْجُ، فالنّكاحُ بحالِه؛ لأنّ الكتابيّةَ مَحَلٌّ لنِكاحِ المسلمِ ابتِداءً، فكذا بَقاءً، وإنْ أسلَمَتِ المرأةُ لا تقَعُ الفُرْقةُ بنفسِ الإسلامِ عندَنا، ولكنْ يُعرَضُ الإسلامُ على زَوْجِها، فإنْ أسلَمَ بَقيا على النّكاحِ، وإنْ أبَى الإسلامَ، فرّقَ القاضي بينهما؛ لأنّه لا يجوزُ أنْ تكونَ المسلمةُ تحت نِكاحِ الكافرِ، ولِهذا لم يَجز نِكاحُ الكافرِ المسلمةَ ابتِداءً، فكذا في البقاءِ عليه، وإنْ كانا مشرِكَيْنِ أو مَجوسيّيْنِ، فأسلَمَ أحدُهما أيُّهما كان يَعرِضُ الإسلامَ على الآخَرِ، ولا تقَعُ الفُرْقةُ بنفسِ الإسلامِ عندَنا، فإنْ أسلَمَ؛ فهما على النّكاحِ، وإنْ أبَى الإسلامَ؛ فرّقَ القاضي بينهما؛ لأنّ المشركةَ لا تَصلُحُ لنِكاحِ المسلمِ غيرَ أنّ الإباءَ إنْ كان من المرأةِ يكونُ فُرْقةً بغيرِ طَلاقٍ؛ لأنّ الفُرْقةَ جاءتْ من قِبَلِها، وهو الإباءُ [٥] [من] [٦]

---

(١) في المخطوط: «بطلاق».
(٢) في المخطوط: «رفع».
(٣) في المخطوط: «بطلاق».
(٤) ليست في المخطوط.
(٥) في المخطوط: «إباؤها».
(٦) ليست في المخطوط.

الإسلامِ، والفُرْقةُ من قِبَلِ المرأةِ لا تَصْلُحُ طَلاقًا؛ لأنّها (لا تَلي) [(١)] الطّلاقَ، فيُجْعَلُ فسخًا، وإنْ كان الإباءُ من الزّوْجِ يكونُ فُرْقةً بطَلاقٍ في قولِ أبي حنيفةَ، ومحمّدٍ وعندَ أبي يوسفَ يكونُ فُرْقةً بغيرِ طَلاقٍ، وهذا كُلُّه مذهبُ أصحابِنا [(٢)].

وقال الشّافعيُّ: إذا أسلَمَ أحدُ الزّوْجَيْنِ، وقَعَتِ الفُرْقةُ بنفسِ الإسلام [(٣)] غيرَ أنّه إنْ كان ذلك قبلَ الدُّخولِ تقَعُ الفُرْقةُ للحالِ [(٤)] بعدَ الدُّخولِ، فلا تقَعُ الفُرْقةُ حتّى تَمْضيَ ثلاثُ حيَضٍ، فإنْ أسلَمَ الآخَرُ قبلَ مُضيِّها؛ فالنّكاحُ بحالِه، وإنْ لم يُسلِم؛ بانَتْ بمُضيِّها.

أمّا الكلامُ مع الشّافعيّ: فوجه قولِه أنْ كفر الزّوْجُ يُمْنَعُ من نِكاحِ المسلمةِ ابتِداءً حتّى لا يَجوزُ للكافرِ أنْ يَنْكِحَ المسلمةَ، وكذلك شِرْكُ المرأةِ، وتَمَجُّسُها مانِعٌ من نِكاحِ المسلمِ ابتِداءً بدليلِ أنّه لا يجوزُ للمسلمِ نِكاحُ المشرِكةِ، والمجوسيّةِ، فإذا طَرأ على النّكاحِ يُبْطِلُه، فأشبَهَ الطّلاقَ.

(ولَنَا): إجماعُ الصّحابةِ رضي الله عنهم، فإنّه رُوِيَ أنّ رجلاً من بَني تَغْلِبَ أسلَمَتِ امرأتُه، فعَرَضَ عمرُ رضي الله عنه عليه الإسلامَ، فامتَنَعَ، ففرّقَ بينهما، وكان ذلك بمحضَرٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم، فيكونُ إجماعًا. ولو وقَعَتِ الفُرْقةُ بنفسِ الإسلامِ لَما وقَعَتِ الحاجةُ إلى التّفريقِ؛ ولأنّ الإسلامَ لا يجوزُ أنْ يكونَ مُبْطِلاً للنّكاحِ؛ لأنّه عُرِفَ عاصِمًا للأملاكِ، فكيفَ يكونُ مُبْطِلاً لها، ولا يجوزُ أنْ يَبْطُلَ بالكُفْرِ أيضًا؛ لأنّ الكُفْرَ كان موجودًا منهما، ولم يمنع ابتِداءَ النّكاحِ، فلأَنْ لا يمنَعَ البقاءَ وأنّه أسهَلُ أولى إلاّ أنّا لو بَقَّيْنا النّكاحَ بينهما لا تحصُلُ المقاصِدُ؛ لأنّ مَقاصِدَ النّكاحِ لا تحصُلُ إلاّ بالاستِفْراشِ، والكافرُ لا يُمكّنُ من استِفْراشِ المسلمةِ، والمسلمُ لا يَحِلُّ له استِفْراشُ المشرِكةِ والمجوسيّةِ لخُبْثِهما، فلم يكنْ في بَقاءِ هذا النّكاحِ فائدةٌ، فيُفَرِّقُ القاضي بينهما عندَ إباءِ الإسلامِ؛ لأنّ اليأسَ عن حُصُولِ المقاصِدِ يحصُلُ عندَه.

وأمّا الكلامُ مع أصحابِنا في كيفيّةِ الفُرْقةِ عندَ إباءِ الزّوْجِ الإسلامَ [٢/ ٥٨أ] بعدَ ما أسلَمَتِ امرأتُه المشرِكةُ أو المجوسيّةُ أو الكتابيّةُ، فوجه قولِ أبي يوسفَ أنّ هذه فُرْقةٌ

---

(١) في المخطوط: «لإباء».

(٢) انظر في مذهب الحنفية: مختصر اختلاف العلماء (٢/ ٣٣٥)، مختصر الطحاوى (ص ٩٧٩).

(٣) انظر في مذهب الشافعية: مختصر المزنى (ص ١٧٢).

(٤) زاد في المخطوط: «وأما».

يَشْتَرِكُ في سببِها الزّوْجانِ، ويستَوِيانِ فيه، فإنّ الإباءَ من كُلِّ واحِدٍ منهما سببُ الفُرْقةِ، ثمّ الفُرْقةُ الحاصِلةُ بإبائها فُرْقةٌ بغيرِ طَلاقٍ، فكذا بإبائه لاستِوائهِما في السّببيّةِ كما إذا مَلَكَ أحدُهما صاحِبَه، ولهما أنّ الحاجةَ إلى التّفريقِ عندَ الإباءِ لفَواتِ مَقاصِدِ النّكاحِ ولأنّ مَقاصِدَ النّكاحِ إذا لم تحصُلْ لم يكنْ في بَقاءِ النّكاحِ فائدةٌ، فتقَعُ الحاجةُ إلى التّفريقِ، والأصلُ في التّفريقِ هو الزّوْجُ؛ لأنّ المِلْكَ له، والقاضي يَنوبُ مَنابَه كما في الفُرْقةِ بالجبِّ والعُنّةِ فكان الأصلُ في الفُرْقةِ هو فُرْقةُ الطّلاقِ، فيُجْعَلُ طَلاقًا ما أمكَنَ، وفي إباءِ المرأةِ لا يُمْكِنُ ، لأنّها لا تَمْلِكُ الطّلاقَ، فيُجْعَلُ فسخًا.

وَمنها رِدَّةُ أحدِ الزّوْجَيْنِ؛ لأنّ الرِّدَّةَ بمنزلةِ الموتِ؛ لأنّها سببٌ مُفْضٍ إليه، والميِّتُ لا يكونُ مَحلًا للنّكاحِ، ولِهذا لم يَجز نِكاحُ المُرْتَدِّ لأحدٍ في الابتِداءِ، فكذا في حالِ البقاءِ؛ ولأنّه لا عِصْمةَ مع الرِّدّةِ، ومِلْكُ النّكاحِ لا يبقى مع زَوالِ العِصْمةِ غيرَ أنّ رِدّةَ المرأةِ تكونُ فُرْقةً بغيرِ طَلاقٍ بلا خلافٍ. وأمّا رِدّةُ الرّجُلِ، فهي فُرْقةٌ بغيرِ طَلاقٍ في قولِ أبي حنيفة وأبي يوسفَ. وعندَ محمّدٍ فُرْقةٌ بطَلاقٍ.

(وجه قوله): ظاهرٌ؛ لأنّ الأصلَ أنّ الفُرْقةَ إذا حَصلَتْ بمعنًى من قِبَلِ الزّوْجِ، وأمكَنَ أنْ تُجْعَلَ طَلاقًا تُجْعَلُ طَلاقًا؛ لأنّ الأصلَ في الفُرْقةِ هو فُرْقةُ الطّلاقِ، وأصلُ أبي يوسفَ ما ذكرنا أنّه فُرْقةٌ حَصَلَتْ بسببٍ يَشْتَرِكُ فيه الزّوْجانِ؛ لأنّ الرِّدّةَ من كُلِّ واحِدٍ منهما سببٌ لثُبوتِ الفُرْقةِ، ثمّ الثّابِتُ برِدّتِها فُرْقةٌ بغيرِ طَلاقٍ كذا برِدّتِه، ولأبي حنيفةَ أنّ هذه الفُرْقةَ، وإنْ كانتْ بسببٍ وُجِدَ من الرّجُلِ، وهو رِدّتُه إلاّ أنّه لا يُمْكِنُ أنْ تُجْعَلَ الرِّدّةُ طَلاقًا؛ لأنّها بمنزلةِ الموتِ، وفُرْقةُ الموتِ لا تكونُ طَلاقًا؛ لأنّ الطّلاقَ [تَصرُّفٌ][1] يختَصُّ بما يُستفادُ بالنّكاحِ، والفُرْقةُ الحاصِلةُ بالرِّدّةِ فُرْقةٌ واقِعةٌ بطَريقِ التّنافي؛ لأنّ الرِّدّةَ تُنافي عِصْمةَ المِلْكِ، وما كان طَريقُه التّنافي لا يُستفادُ بمِلْكِ النّكاحِ، فلا يكونُ طَلاقًا بخلافِ الفُرْقةِ الحاصِلةِ بإباءِ الزّوْجِ؛ لأنّها تَثْبُتُ بفَواتِ مَقاصِدِ النّكاحِ وثَمراتِه، وذلك مُضافٌ إلى الزّوْجِ، فيلزَمُه الإمساكُ بالمعروفِ، وإلاّ التّسريحُ بالإحسانِ، فإذا امتنَعَ عنه ألزَمَه القاضي الطّلاقَ الذي يحصُلُ به التّسريحُ بالإحسانِ كأنّه طَلَّقَ بنفسِه، والدّليلُ على التّفرقةِ بينهما أنّ فُرْقةَ الإباءِ لا تحصُلُ إلاّ بالقضاءِ، وفُرْقةَ الرِّدّةِ تَثْبُتُ بنفسِ الرِّدّةِ ليُعلَمَ أنّ ثُبوتَها بطَريقِ التّنافي.

---

(١) ليست في المخطوط.

ثمّ الفُرْقةُ بِردَّةِ أحدِ الزّوْجَيْنِ تَثْبُتُ بنفسِ الرِّدَّةِ، فتَثْبُتُ في الحالِ عندَنا [(١)]. وعندَ الشّافعيِّ إنْ كان قبلَ الدُّخولِ، فكذلك، وإنْ كان بعدَ الدُّخولِ تَتَأجَّلُ الفُرْقةُ إلى مُضيِّ ثلاثِ حيَضٍ [(٢)]، وهو على الاختِلافِ في إسلامِ أحدِ الزّوْجَيْنِ هذا إذا ارتَدَّ أحدُ الزّوْجَيْنِ. فأمَّا إذا ارتَدَّا مَعًا لا تقَعُ الفُرْقةُ بينهما استحسانًا حتّى لو أسلَما مَعًا، فهما على نِكاحِهِما، والقياسُ أنْ تقَعَ الفُرْقةُ، وهو قولُ زُفر. وجه القياسِ أنّه لو ارتَدَّ أحدُهما لَوَقعَتِ الفُرْقةُ فكذا إذا ارتَدَّا؛ لأنّ في رِدَّتِهِما رِدَّةَ أحدِهِما، وزيادةً، ولِلاستحسانِ إجماعُ الصّحابةِ رضي الله عنهم، فإنّ العرَبَ لَمَّا ارتَدَّتْ في زَمَن أبي بكرٍ الصِّدِّيقِ رضي الله عنه ثمّ أسلَموا لم يُفرِّقْ بينهم، وبين نِسائهم، وكان ذلك بمَحْضَرٍ من الصّحابةِ رضي الله عنهم.

فإنْ قِيلَ: بمَ يُعلَمُ هناك أنّهم ارتَدُّوا، وأسلَموا مَعًا؟ فالجوابُ: أنّه لَمَّا لم يُفَرِّقْ بينهم وبين نِسائهم فيما لم يُعلم القرانُ، بل احتَمَلَ التّقَدُّمَ والتّأخُّرَ في الرِّدَّةِ والإسلامِ، ففيما عُلِمَ أولى [(٣)] أنْ لا يُفَرَّقَ.

ثمّ نقول الأصلُ في كُلِّ أمرَيْنِ حادِثَيْنِ إذا لم يُعلم تاريخُ ما بينهما أنْ يُحْكَمَ بوُقوعِهِما مَعًا كالغرْقَى، والحرْقَى والهدْمَى.

ولو تزَوّجَ مسلمٌ كتابيّةً يَهوديّةً أو نَصْرانيّةً، فتَمَجَّسَتْ تَثْبُتُ الفُرْقةُ؛ لأنّ المجوسيّةَ لا تَصْلُحُ لنِكاحِ المسلمِ ألا ترى أنّه لا يجوزُ له نِكاحُها ابتِداءً، ثمّ إنْ كان ذلك قبلَ الدُّخولِ بها، فلا مَهْرَ لها، ولا نَفَقةَ؛ لأنّها فُرْقةٌ بغيرِ طَلاقٍ، فكانتْ فسخًا، وإنْ كان بعدَ الدُّخولِ بها، فلَها المهْرُ لما بيّنّا فيما تقدَّمَ، ولا نَفَقةَ لها؛ لأنّ الفُرْقةَ جاءتْ من قِبَلِها، والأصلُ أنّ الفُرْقةَ إذا جاءتْ من قِبَلِها، فإنْ كان قبلَ الدُّخولِ بها؛ فلا نَفَقةَ لها ولا مَهْرَ، وإنْ جاءتْ من قِبَلِه قبلَ الدُّخولِ؛ يجبُ نصفُ المُسَمَّى إنْ كان المهْرُ سُمِّيَ، وإنْ لم يكنْ؛ تجبُ

(١) انظر في مذهب الحنفية: رءوس المسائل (ص ٣٩١)، مختصر الطحاوى (ص ١٨١)، القدوري ص ٧١، الهداية مع البناية (٤/ ٣٢٨).

(٢) مذهب الشافعية: إن كانت ردتها قبل الدخول وقعت الفرقة بينهما، وإن كانت بعد الدخول، توقفت الفرقة على انقضاء العدة فإن اجتمعا على الإسلام قبل انقضاء العدة فهما على نكاحهما، وإلا فقد وقعت الفرقة من الردة.

(٣) في المخطوط: «أولاً».

المُتْعةُ، وبعدَ الدُّخولِ يجبُ كُلُّ المهْرِ، والنَّفَقةِ.

ولو كانتْ [٢/ ٥٨ب] يَهوديّةً؛ فتَنَصّرَتْ أو نَصْرانيَّةً؛ فتَهَوّدَتْ لم تَثْبُتِ الفُرْقةُ، ولم يُعتَرَضْ عليه عندَنا (١).

وقال الشافعي: لا يُمكّنُ من القرارِ عليه، ولكنْ تُجْبَرُ على أنْ تُسلِمَ أو تعودَ إلى دينِها الأوّلِ، فإنْ لم تفعَلْ حتّى مَضَتْ ثلاثُ حيَضٍ، وقَعَتِ الفُرْقةُ كما في المُرْتَدِّ (٢) وجه قولِه أنّها كانتْ مُقرَّةً بأنّ الدِّينَ الذي انتقلتْ إليه باطِلٌ، فكان تركُ الاعتِراضِ تقريرًا على الباطِلِ، وأنّه لا يجوزُ.

(ولَنا): أنّها انتقلتْ من باطِلٍ إلى باطِلٍ، والجبْرُ على العوْدِ إلى الباطِلِ باطِلٌ.

ولو كانتْ يَهوديّةً أو نَصْرانيّةً؛ فصَبَأت لم تَثْبُتِ الفُرْقةُ في قولِ أبي حنيفةَ، وفي قولِ أبي يوسفَ، ومحمّدٍ تَثْبُتُ الفُرْقةُ بناءً على أنّه يجوزُ للمسلمِ نِكاحُ الصّابِئيّةِ عندَه، وعندَهما لا يجوزُ، والمسألةُ مرّتْ في موضِعِها.

ومنها: إسلامُ أحدِ الزّوْجَيْنِ في دارِ الحرْبِ لكنْ لا تقَعُ الفُرْقةُ في الحالِ بل تقِفُ على مُضيِّ ثلاثِ حيَضٍ إنْ كانتْ مِمَّنْ تَحيضُ، وإنْ كانتْ مِمّنْ لا تَحيضُ ثلاثةَ (٣) أشهُرٍ، فإنْ أسلَمَ الباقي منهما في هذه المُدَّةِ، فهما على النِّكاحِ، وإنْ لم يُسلِم حتّى مَضَتِ المُدَّةُ وقَعَتِ الفُرْقةُ؛ لأنّ الإسلامَ لا يصلُحُ سببًا لثُبوتِ الفُرْقةِ بينهما (٤)، ونفسُ الكُفْرِ أيضًا لا يصلُحُ سببًا لما ذكرنا من المعنى فيما تقَدَّمَ، ولكنْ يُعرَضُ الإسلامُ على الآخَرِ، فإذا أبَى حينَئذٍ يُفَرَّقُ، وكانتِ (٥) الفُرْقةُ حاصِلةً بالإباءِ، ولا يُعرَفُ (٦) الإباءُ إلاّ بالعرْضِ، وقد امتَنَعَ العرْضُ لانعِدام الولايةِ، وقد مَسَّتِ الحاجةُ إلى التّفْريقِ إذِ المشرِكُ لا يصلُحُ لنِكاحِ المسلمةِ، فيُقامُ شرطُ البيْنونةِ، وهو مُضيُّ ثلاثِ حيَضٍ إذْ هو شرطُ البيْنونةِ في الطّلاقِ الرجعيِّ مَقام العِلّةِ، وإقامةُ الشّرطِ مَقام العِلّةِ عندَ تَعَذُّرِ اعتبارِ العِلّةِ جائزٌ في أُصولِ الشّرعِ، فإذا مَضَتْ مُدّةُ العِدّةِ، وهي ثلاثُ حيَضٍ صار مُضيُّ هذه المُدّةِ بمنزِلةِ تفريقِ القاضي. وتكونُ فُرْقةً بطَلاقٍ على قياسِ قولِ أبي حنيفةَ ومحمّدٍ وعلى قياسِ قولِ أبي

---

(١) انظر في مذهب الحنفية: المبسوط (٥/ ٤٨).

(٢) انظر في مذهب الشافعية: روضة الطالبين (٥/ ٤٧٧).

(٣) في المخطوط: «فثلاثة».

(٤) في المخطوط: «عندنا».

(٥) في المخطوط: «فكانت».

(٦) في المخطوط: «يفرق».

يوسفَ بغيرِ طَلاقٍ؛ لأنّه [١] فُرْقةٌ بسببِ الإباءِ حكمًا وتقديرًا. وإذا وقَعتِ الفُرْقةُ بعدَ مُضيِّ هذه المُدَّةِ هل تجبُ العِدَّةُ بعدَ مُضيِّها؟ بأنْ [٢] كانتِ المرأةُ هي المسلمةُ، فخرجتْ إلى دارِ الإسلامِ، فتَمَّتِ الحيَضُ في دارِ الإسلامِ لا عِدَّةَ عليها عندَ أبي حنيفةَ، وعندَهما عليها العِدَّةُ، والمسألةُ مَذْكورةٌ فيما تقَدَّمَ.

وإنْ كان المسلمُ هو الزَّوْجُ؛ فلا عِدَّةَ عليها بالإجماعِ؛ لأنّها حَرْبيّةٌ. وَمنها اختِلافُ الدّارَيْنِ عندَنا بأنْ خرج أحدُ الزَّوْجَيْنِ إلى دارِ الإسلامِ مسلمًا أو ذِمِّيًّا، وترك الآخَرَ كافرًا في دارِ الحرْبِ [٣].

ولو خرج أحدُهما مُستأمَنًا، وبقِيَ الآخَرُ كافرًا في دارِ الحرْبِ لا تقَعُ الفُرْقةُ بالإجماعِ. وقال الشّافعيُّ: لا تقَعُ الفُرْقةُ باختِلافِ الدّارَيْنِ [٤]، وهذا بناءٌ على أصلٍ، وهو أنّ اختِلافَ الدّارَيْنِ عِلّةٌ لثُبوتِ الفُرْقةِ عندَنا، وعندَه ليس بعِلّةٍ، وإنّما العِلّةُ هي السَّبْيُ.

واحتَجَّ بما رُوِيَ أنّ زَيْنَبَ بنتَ رسولِ اللّه ﷺ هاجَرتْ من مكّةَ إلى المدينةِ، وخَلّفَتْ زَوْجَها أبا العاصِ كافرًا بمكّةَ، فرَدَّها عليه رسولُ اللّه ﷺ بالنِّكاحِ الأوّلِ [٥]. ولو ثبتتِ الفُرْقةُ باختِلافِ الدّارَيْنِ لَما رُدَّ بل جُدِّدَ النِّكاحُ؛ ولأنّ تأثيرَ اختِلافِ الدّارَيْنِ في انقِطاعِ الولايةِ، وانقِطاعُ الولايةِ لا يوجِبُ انقِطاعَ النِّكاحِ، فإنّ النِّكاحَ يبقى بين أهلِ العدْلِ والبغْيِ، والولايةُ مُنْقَطِعةٌ.

(ولَنا): أنّ عندَ اختِلافِ الدّارَيْنِ يخرجُ المِلْكُ من أنْ يكونَ مُنْتفَعًا به لعَدَمِ التّمَكُّنِ من الانتِفاعِ عادةً، فلم يكنْ في بَقائه فائدةٌ، فيزولُ كالمسلمِ إذا ارتَدَّ عن الإسلامِ، ولَحِقَ بدارِ الحرْبِ أنّه يزولُ مِلْكُه عن أموالِه، وتُعتقُ أُمّهاتُ أولادِه ومُدَبَّروه لما قلنا كذا هذا بخلافِ

---

(١) في المخطوط: «لأنها». (٢) في المخطوط: «فإن».

(٣) انظر في مذهب الحنفية: الهداية (٢/ ٥١٨)، المبسوط (٥/ ٥٠)، (٦/ ٨٦)، رؤوس المسائل ص (٣٩٠)، شرح فتح القدير (٣/ ٤٢٢)، البناية في شرح الهداية (٤/ ٧٨٧، ٧٨٨)، حاشية رد المحتار (٣/ ١٩٢).

(٤) مذهب الشافعية: أنه لا تقع الفرقة باختلاف الدارين، انظر الحاوى الكبير (١١/ ٣٥٤ - ٣٥٦).

(٥) صحيح: رواه أبو داود، كتاب الطلاق، باب: إلى متى ترد عليه امرأته إذا أسلم بعدها، حديث (٢٢٤٠)، والترمذي، حديث (١١٤٣)، وابن ماجه، حديث (٢٠٠٩)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٢١٩)، حديث (٢٨١١)، والدارقطني في سننه (٣/ ٢٥٤)، حديث (٣٦)، والبيهقي في الكبرى (٧/ ١٨٧)، حديث (١٣٨٤٥)، وصححه الألباني في الإرواء (١٩٢١).

أهلِ البغْيِ مع أهلِ العدْلِ؛ لأنّ أهلَ البغْيِ من أهلِ الإسلامِ؛ [ولأنّهم مسلمونَ] [(١)]، فيُخالِطونَ أهلَ العدْلِ، فكان إمكانُ الانتِفاعِ ثابِتًا، فيبقى النّكاحُ، وههنا بخلافِه.

وأمّا الحديثُ، فقد رُوِيَ أنّه ردَّها عليه بنِكاحٍ جَديدٍ، فتعارضتِ الرِّوايَتانِ، فسَقَطَ الاحتِجاجُ به مع ما أنّ العملَ بهذه الرِّوايةِ أولى؛ لأنّها تُثْبِتُ أمرًا لم يكنْ، فكان راوِي الرّدِّ بالنّكاحِ الأوّلِ استَصْحَبَ الحالَ، فظَنّ أنّه ردَّها عليه بذلك النّكاحِ الذي كان، وراوِي النّكاحِ الجديدِ اعتَمَدَ حقيقةَ الحالِ، وصار كاحتِمالِ الجرْحِ، والتّعديلِ، ثمّ إنْ كان الزّوْجُ هو الذي خرج؛ فلا عِدَّةَ على المرأةِ بلا خلافٍ لما ذكرنا (أنّه حَرْبِيٌّ) [(٢)]، وإنْ كانتِ المرأةُ هي التي خرجتْ؛ فلا عِدَّةَ عليها في قولِ أبي حنيفةَ خلافًا لهما.

وكذلك إذا خرج أحدُهما [٢/ ٥٩أ] ذِمِّيًا؛ وقعَتِ الفُرْقةُ؛ لأنّه صار من أهلِ دارِ الإسلامِ، فصار كما لو خرج مسلمًا بخلافِ ما إذا خرج أحدُهما بأمانٍ؛ لأنّ الحرْبيّ المُستأمَنَ من أهلِ دارِ الحرْبِ، وإنّما دخل دارَ الإسلامِ على سبيلِ العاريّةِ لقضاءِ بعضِ حاجاتِه لا للتّوطُّنِ، فلا يَبْطُلُ حكمُ دارِ الحرْبِ في حَقِّه كالمسلمِ إذا دخل دارَ الحرْبِ بأمانٍ؛ لأنّه لا يَصيرُ بالدُّخولِ من أهلِ دارِ الحرْبِ لما قلنا كذا هذا.

ولو أسلَما مَعًا في دارِ الحرْبِ أو صارا ذِمّيّيْنِ مَعًا أو خرجا مُستأمَنَيْنِ، فالنّكاحُ على حالِه لانعِدامِ اختِلافِ الدّارَيْنِ عندَنا، وانعِدامِ السّبْيِ عندَه، وعلى هذا يخرجُ ما إذا سُبيَ أحدُهما، وأُحْرِزَ بدارِ الإسلامِ أنّه تقعُ الفُرْقةُ بالإجماعِ لكنْ على اختِلافِ الأصلينِ عندَنا باختِلافِ الدّارَيْنِ، وعندَه بالسّبْيِ، وعندَنا لا تَثْبُتُ الفُرْقةُ قبلَ الإحرازِ بدارِ الإسلامِ. ولو سُبيا مَعًا لا تقعُ الفُرْقةُ عندَنا لعَدَمِ اختِلافِ الدّارَيْنِ، وعندَه تقعُ لوُجودِ السّبْيِ.

واحتَجَّ بقولِه تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] حَرَّمَ المُحْصَناتِ، وهُنّ ذَواتُ الأزواجِ إذْ هو معطوفٌ على قولِه عزَّ وجَلَّ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، واستَثْنَى المملوكاتِ، والاستِثْناءُ من الحظْرِ إباحةٌ، ولم يَفْصِلْ بين ما إذا سُبيَتْ وحْدَها أو مع زَوْجِها؛ ولأنّ السّبْيَ سببٌ لثُبوتِ مِلْكِ المُتْعةِ للسّابي؛ لأنّه استيلاءٌ، ورد على مَحَلٍّ غيرِ معصُومٍ، وأنّه سببٌ لثُبوتِ المِلْكِ في الرّقَبةِ؛ ولِهذا يَثْبُتُ المِلْكُ في المسبيّةِ بالإجماعِ، ومِلْكُ الرّقَبةِ يوجِبُ مِلْكَ المُتْعةِ، ومتى ثبت مِلْكُ

---

(١) ليست في المخطوط.

(٢) في المخطوط: «أنها حربية».

المُتْعةِ للسَّابي؛ يزولُ مِلْكُ الزَّوْجِ ضرورةً بخلافِ ما إذا اشترى أمةً هي مَنكوحةُ الغيرِ أنّه لا يَثْبُتُ للمشتَري مِلْكُ المُتْعةِ، وإنْ ثبت له مِلْكُ الرّقَبةِ بالشّراءِ؛ لأنّ مِلْكَ الزّوْجِ في الأمةِ مِلْكٌ معصُومٌ، وإثباتُ اليدِ على مَحَلٍّ معصُومٍ لا يكونُ سببًا لثبوتِ المِلْكِ.

(ولَنَا): أنّ مِلْكَ النِّكاحِ للزَّوْجِ كان ثابِتًا بدليلِه مُطْلَقًا، ومِلْكُ النِّكاحِ [1] لا يجوزُ أنْ يزولَ إلاَّ بإزالَتِه أو لعَدَمِ فائدةِ البقاءِ إمَّا لفَواتِ المحَلِّ حقيقةً بالهلاكِ أو تقديرًا لخُروجِه من أنْ يكونَ مُنتفعًا به في حَقِّ المالِكِ، وإمَّا لفَواتِ حاجةِ المالِكِ بالموتِ؛ لأنّ الحكمَ بالزّوالِ حينَئذٍ يكونُ تَناقُضًا، والشّرعُ مُنَزَّهٌ عن التّناقُضِ، ولم توجَدِ الإزالةُ من الزّوْجِ، والمحَلُّ صالِحٌ، والمالِكُ صالِحٌ حَيٌّ مُحْتاجٌ إلى المِلْكِ، وإمكانُ الاستمتاعِ ثابِتٌ ظاهِرًا، وغالِبًا إذا سُبِيا مَعًا، ولا يكونُ نادِرًا.

وكذا إذا سُبِيَ أحدُهما، والمسبيُّ في دارِ الحرْبِ؛ لأنّ احتِمالَ الاستِرْدادِ من الكفَرةِ (أو استنقاذِ الأُسَراءِ) [2] من الغُزاةِ ليس بنادِرٍ، وإنْ لم يكنْ غالِبًا بخلافِ ما إذا سُبِيَ أحدُهما، وأُخرِجَ إلى دارِ الإسلامِ؛ لأنّ هناك لا فائدةَ في بَقاءِ المِلْكِ لعَدَمِ التّمكُّنِ من إقامةِ المصالِحِ بالمِلْكِ ظاهرًا وغالِبًا لاختِلافِ الدّارَيْنِ.

وأمَّا قولُه السّبْيُ ورد على مَحَلٍّ غيرِ معصُومٍ، فنَعَم لكنّ الاستيلاءَ الوارِدَ على مَحَلٍّ غيرِ معصُومٍ إنّما يكونُ سببًا لثُبوتِ المِلْكِ إذا لم يكنْ مَملوكًا لغيرِه، ومِلْكُ الزّوْجِ ههنا قائمٌ لما بيّنّا، فلم يكنِ السّبْيُ سببًا لثُبوتِ المِلْكِ للسَّابي، فلا يوجِبُ زَوالَ مِلْكِ الزّوْجِ، والآيةُ محمولةٌ على ما إذا سُبِيَتْ، وحْدَها لما ذكرنا من الدّلائلِ.

وَمنها: المِلْكُ الطّارِئُ لأحدِ الزّوْجَيْنِ على صاحِبه بأنْ مَلَكَ أحدُهما صاحِبَه بعدَ النّكاحِ أو مَلَكَ شِقْصًا منه؛ لأنّ المِلْكَ المُقارَنَ يمنَعُ من انعقادِ النّكاحِ، فالطّارِئُ عليه يُبْطِلُه، والفُرْقةُ الواقِعةُ به فُرْقةٌ بغيرِ طَلاقٍ؛ لأنّها فُرْقةٌ حَصَلَتْ [بسببٍ] [3] لا من قِبَلِ الزّوْجِ، فلا يُمْكِنُ أنْ تُجْعَلَ طَلاقًا، فتُجْعَلُ فسخًا، ولا يُحْتاجُ إلى تفريقِ القاضي؛ لأنّها فُرْقةٌ حَصَلَتْ بطَريقِ التّنافي لما بيّنّا في المسائلِ المُتقدِّمةِ [أنّ الحُقوقَ الثّابتةَ بالنّكاحِ لا يَصِحُّ إثباتُها بين المالِكِ والمملوكِ] [4]، فلا تفتقرُ إلى القضاءِ كالفُرْقةِ الحاصِلةِ برِدَّةِ أحدِ الزّوْجَيْنِ.

---

(١) في المخطوط: «المالك».
(٢) في المخطوط: «واستنقاذ الأسرى».
(٣) ليست في المخطوط.
(٤) ليست في المخطوط.

وعلى هذا قالوا في القِنِّ، والمُدَبَّرِ والمأذونِ [١] إذا اشترَيا زَوْجَتَيْهِما لم يَبْطُلِ النّكاحُ؛ لأنّ الشِّراءَ [٢] لا يُفيدُ لهما مِلْكَ المُتْعةِ، فلا يوجِبُ بُطْلانَ النّكاحِ.

وقالوا أيضًا في المُكاتَبِ إذا اشترى زَوْجَتَه لا يَبْطُلُ نِكاحُها؛ لأنّه لا يملِكُها، وإنّما يَثْبُتُ له فيها حَقُّ المِلْكِ، وحَقُّ المِلْكِ يمنَعُ ابتِداءَ النّكاحِ، ولا يمنَعُ البقاءَ كالعِدَّةِ وهذا؛ لأنّ حَقَّ المِلْكِ هو المِلْكُ من وجهٍ، فكان مِلْكُه فيها ثابِتًا من وجهٍ دونَ وجهٍ، فالنّكاحُ إذا لم يكنْ مُنعقدًا يقعُ الشّكُّ في انعِقادِه، فلا يَنْعَقِدُ [٣] بالشّكِّ، وإذا كان مُنْعَقِدًا يَقَعُ الشّكُّ في زَوالِه، فلا يزولُ بالشّكِّ على الأصلِ المعهودِ أنّ غيرَ الثّابِتِ بيَقينٍ لا يَثْبُتُ بالشّكِّ، والثّابِتُ بيَقينٍ لا يزولُ بالشّكِّ لهذا المعنى مَنَعَتِ العِدَّةُ من [٢/ ٥٩ب] ابتِداءِ النّكاحِ، ولم تَمْنع البقاءَ كذا هذا.

وقالوا فيمَنْ زَوّجَ ابنَتَه من مُكاتَبه، ثمّ ماتَ لا يَبْطُلُ النّكاحُ بينهما حتّى يَعجِزَ عن أداءِ بَدَلِ الكتابة

وقال الشافعي: يَنفَسِخُ النّكاحُ بناءً على أنّ المُكاتَبَ لا يورَثُ عندَنا، فلا يَثْبُتُ المِلْكُ للوارِثِ في المُكاتَبِ حقيقةً، وإنّما يَثْبُتُ له حَقُّ المِلْكِ، وأنّه لا يمنَعُ بَقاءَ النّكاحِ، وعندَه يورَثُ، فيَثْبُتُ المِلْكُ لها في زَوْجِها، فيَبْطُلُ النّكاحُ.

(وجه قوله): أنّ الوارِثَ يقومُ مَقام المورِثِ في أملاكِه، فيَثْبُتُ له ما كان ثابِتًا للمورِثِ، ومِلْكُه في المُكاتَبِ كان ثابِتًا له، فيَنْتَقِلُ إلى الوارِثِ، فيَصيرُ مَمْلوكًا له، فيَنْفَسِخُ النّكاحُ.

(ولَنا): أنّ الحاجةَ مَسَّتْ إلى إبقاءِ [٤] مِلْكِ الميّتِ في المُكاتَبِ؛ لأنّ عَقْدَ الكتابةِ أوجب له حَقَّ الحُرِّيّةِ للحالِ على وجهٍ يُصَيِّرُ ذلك الحقَّ حقيقةً عندَ الأداءِ، ولِهذا يَثْبُتُ [٥] الوَلاءُ من قِبَلِه، فلو نَقَلْنا المِلْكَ من الميّتِ إلى الوارِثِ لَتَعَذَّرَ إثباتُ حقيقةِ الحُرِّيّةِ عندَ الأداءِ لانعِدامِ تَعليقِ الحُرِّيّةِ منه بالأداءِ، فمَسَّتِ الحاجةُ إلى استيفاءِ مِلْكِ الميّتِ فيه لأجلِ الحقِّ المُستَحَقِّ للمُكاتَبِ، فيمنَعُ ثُبوتَ المِلْكِ حقيقةً للوارِثِ، ويَثْبُتُ له حَقُّ المِلْكِ لوُجودِ سببِ الثُّبوتِ، وهو القرابةُ، وشرطُه، وهو الموتُ، وحَقُّ المِلْكِ يمنَعُ ابتِداءَ

---

(١) في المخطوط: «المأذونيْن».
(٢) في المخطوط: «المشرى».
(٣) في المخطوط: «فلا يقع».
(٤) في المخطوط: «بقاء».
(٥) في المخطوط: «ثبت».

النِّكاحِ، ولا يمنَعُ البقاءَ لما ذكرنا إلاَّ إذا عَجزَ عن أداءِ بَدَلِ الكتابةِ؛ لأنّه إذا عَجزَ ثبت المِلْكُ حقيقةً للوارِثِ، فيَرْتفِعُ النِّكاحُ.

وأمَّا مُعتقُ البعضِ إذا اشترى زَوْجَتَه لا يَبْطُلُ النِّكاحُ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَهما يَبْطُلُ بناءً على أنّ مُعتقَ البعضِ بمنزِلةِ المُكاتَبِ عندَه، وعندَهما حُرٌّ عليه دَيْنٌ، واللهُ أعلَمُ.

ومنها: الرّضاعُ الطّارِئُ على النّكاحِ كمَنْ تَزوّجَ صَغيرةً، فأرضَعَتْها أُمُّه بانَتْ منه؛ لأنّها صارتْ أُختًا له من جِهةِ الرّضاعِ. وكذا إذا تَزوّجَ صَبيّتَيْنِ رَضيعَتَيْنِ، فجاءتِ امرأةٌ، فأرضَعَتْهما بانَتا منه؛ لأنّهما صارتا أُختَيْنِ وحُرْمةُ الأُختِ من الرّضاعِ يستَوي فيها السّابِقُ والطّارِئُ. وكذا حُرْمةُ الجمعِ بين الأُختَيْنِ من الرّضاعةِ، ونذكرُ إنْ شاء اللّه تعالى ما يتعلّقُ بالرّضاعِ المُقارَنِ والطّارِئ من المسائلِ في كتابِ الرّضاعِ.

ومنها: المُصاهَرةُ الطّارِئةُ بأنْ وطِئَ أُمَّ امرأتِه أو ابنَتَها، والفُرْقةُ بها فُرْقةٌ بغيرِ طَلاقٍ؛ لأنّها حُرْمةٌ مُؤَبّدةٌ كحُرْمةِ الرّضاعِ، والفُرَقُ في هذه الوُجوه كُلِّها بائنةٌ؛ لأنّ المقصُودَ في بعضِها الخلاصُ، وأنّه لا يحصُلُ إلاَّ بالبائنِ، وفي بعضِها المحَلُّ ليس بقابِلٍ لبَقاءِ النِّكاحِ، فافْهَمْ، واللّهُ الموفِّقُ.

تم الجزء الثالث، ويليه الجزء الرابع وأوله: «كتاب الأيمان»

* * *

الفهرس



الفهرس

* * *



مطابع دار الطباعة والنشر الإسلامية
العاشر من رمضان المنطقة الصناعية ب ٢ - تليفاكس: ٣٦٣٣١٤ - ٣٦٢٣١٣
مكتب القاهرة: مدينة نصر ١٢ ش ابن هانئ الأندلسي ت: ٤٠٣٨١٣٧ - تليفاكس: ٤٠١٧٠٥٣